§ 677 BGB
UND DAS OBJEKTIV FREMDE GESCHÄFT

- Zu den Voraussetzungen
der Geschäftsführung ohne Auftrag -

Axel Stein

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547204_0028

§ 677 BGB UND DAS OBJEKTIV FREMDE GESCHÄFT

- Zu den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag -

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Axel Stein

aus Aachen

1973

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- 8 München 40 · Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Brox
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
Dekan: Prof. Dr. Wessels

Tag der mündlichen Prüfung: 9. 2. 1973

GLIEDERUNG

Seite

EINLEITUNG 1

ERSTER TEIL
Die Geschäftsbesorgung für einen anderen nach § 677 2

§ 1 Zur Problematik der gebrauchten Begriffe und zum methodischen Vorgehen 3

Erster Abschnitt 5

§ 2 Das Verhalten des Geschäftsführers 5

I. Rechtliche Qualität des Verhaltens 6
II. Unterlassen 7
III. Reflexhandlung 9
IV. Gegenständliche Beschränkungen des Verhaltens 10
1. Handeln im wirtschaftlichen Bereich 10
2. Das bloße Geben 11

Zweiter Abschnitt
Die Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn 13

§ 3 Einführung 13
§ 4 Notwendigkeit eines allgemeinen objektiven und positiven Merkmals 13

I. Überblick über die Rechtsprechung des BGH 14
II. Förderung fremder Interessen 17
III. Handeln im fremden Rechts- oder Interessenkreis 18
IV. Handeln im fremden Rechtskreis und objektive Zweckbestimmung 18
V. Wahrnehmung fremder Belange oder Obliegenheiten 19
VI. Fremdwirkung des Handelns 21
VII. Das herrschende Fremdinteresse 23
VIII. Ergebnis 24

§ 5 Notwendigkeit eines allgemeinen subjektiven Merkmals 25

I. Der Wille, für einen anderen zu handeln 26
1. Die Erforderlichkeit des Willens für alle Fälle der GoA 26
a) Überblick über die gesetzliche Regelung und den Meinungsstand 26
b) Die praktische Bedeutung des Meinungsstreits 27
c) Eigene Stellungnahme 29

2. Der Geschäftsführungswille im einzelnen 34
a) Der Inhalt des Geschäftsführungswillens 35
b) Die Äußerung des Geschäftsführungswillens 40
II. Die Bestimmung des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer 41
1. Die Geschäftsführung für den, den es angeht 43
a) Überblick über die Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum 43
b) Bedenken gegen die Geschäftsführung für den, den es objektiv angeht 45
c) Eigene Auffassung 50
2. Die Führung eines objektiv fremden Geschäfts für einen anderen, als den, den es angeht 54
a) Der Standpunkt von Rechtsprechung und Lehre 54
b) Eigene Auffassung 58
3. Der Irrtum des Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn 60
4. Zwischenergebnis 63

§ 6 Das objektiv eigene Geschäft 64

I. Das teils objektiv eigene, teils objektiv fremde Geschäft 65
II. Führung eines ausschließlich objektiv eigenen Geschäfts für einen anderen 65
a) Ablehnung der Möglichkeit, auftragslos objektiv eigene Geschäfte für einen anderen zu führen durch die hM 66
b) Vergleich mit der Rechtslage beim Auftrag 68
c) Eigene Auffassung 69

§ 7 Ergebnis 70

Dritter Abschnitt 72

§ 8 Gründe für eine Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften 72

I. § 687 als Hinweis für die Notwendigkeit des objektiv fremden Geschäfts im Tatbestand des § 677 73
II. Die Rechtslage im Römischen und im gemeinen Recht 75
III. Ergebnis 77

Vierter Abschnitt 77

§ 9 Zusammenfassung der Ergebnisse des Ersten Teils 77

ZWEITER TEIL

Auftragslose Geschäftsbesorgung des verpflichteten Geschäftsführers 79

§ 10 GoA beim Bestehen einer Verpflichtung oder Berechtigung des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn 80

I. Das Merkmal der "sonstigen Berechtigung" in § 677 80
II. Die Pflicht aus § 330 c StGB als sonstige Berechtigung 83
III. Dem Geschäftsherrn gegenüber berechtigte oder verpflichtete öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte 86

§ 11 GoA beim Bestehen einer Verpflichtung des Geschäftsführers gegenüber Dritten 90

I. Generelle rechtliche Bedenken aus § 677 gegen die Möglichkeit einer auftraglosen Geschäftsführung durch den verpflichteten Geschäftsführer 92
1. Das objektiv eigene Geschäft des verpflichteten Geschäftsführers 92
2. Die mangelnde Freiwilligkeit 93
3. Fehlender Geschäftsführungswille 96
4. Pflichtenkollision des Geschäftsführers 97
5. Zusammenfassung und Folgerungen 98

II. Rechtliche Bedenken gegen die Möglichkeit auftragloser Geschäftsführung durch den verpflichteten Geschäftsführer bei bestimmten Fallgruppen 99
1. Die Zurechnung des Geschäftsführerhandelns bei vertraglicher Verpflichtung zur Leistung an den "Geschäftsherrn" 100
2. Ausschluß der §§ 677 ff infolge Gesetzeskonkurrenz 105
a) Gesetzeskonkurrenz, insbesondere Subsidiarität 106
b) Stillschweigende Subsidiarität der §§ 677 ff 108
aa) Gesamtschuldausgleich 108
bb) Sog. unechte Gesamtschuld mit Legalzession 110
cc) Sog. unechte Gesamtschuld ohne Legalzession 112
dd) Einzelne familienrechtliche Sonderfälle 114
ee) Verantwortlichkeit für das Risiko bei der Selbstopferung 116

§ 12 Ergebnisse des Zweiten Teils 118

DRITTER TEIL
Der Beweis des Fremdgeschäftswillens 119

§ 13 Willensvermutung bei ausschließlich objektiv fremden Geschäften 120

I. Der Meinungsstand 120
II. Das objektiv fremde Geschäft als Voraussetzung einer gesetzlichen Tatsachenvermutung 122
III. Das objektiv fremde Geschäft als Grundlage eines Anscheinsbeweises, einer tatsächlichen Vermutung oder eines Indizienbeweises 123
1. Das objektiv fremde Geschäft und die Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens 123
a) Überblick über die zum objektiv fremden Geschäft vertretenen Auffassungen 123
b) Eingriff in den bzw. Handeln im fremden Rechts- oder Interessenkreis 126
c) Eingriff in Rechte, welche durch den Rechtsinhaber generell verwaltet werden 133
d) Zuständigkeit 134
e) Wirkung der Geschäftsführung 134
f) Wahrnehmung fremder Belange oder Obliegenheiten 135
g) Die Tätigkeit als Gegenstand fremder Sorge 136
h) Ergebnis 136
2. Anscheinsbeweis, tatsächliche Vermutung und Indizienbeweis 137
a) Anscheinsbeweis 137
b) tatsächliche Vermutung 143
c) Indizienbeweis 145
IV. Ergebnis 145

§ 14 Der Beweis des Fremdgeschäftswillens bei der Führung objektiv ausschließlich eigener Geschäfte 146
§ 15 Die Willensvermutung bei der Führung objektiv fremder Geschäfte durch den einem Dritten verpflichteten Geschäftsführer 146

LITERATURVERZEICHNIS

Aarons	Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, 1. Abt., Schwerin 1860
Baring	Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag, SächsArchBürgR XIV, 459, 529, 661, XV 30, 133
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 30. Aufl., München 1970
Baumann	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bielefeld 1968
Baur	Zur "dinglichen Seite" der Geschäftsführung ohne Auftrag, JZ 1952, 328
ders.	Ersatzvornahme und Geschäftsführung ohne Auftrag, DVBl 1965, 893
Beitzke	Wer schuldet das Arzthonorar für die Behandlung einer Ehefrau?, MDR 1951, 262
Berg	Notgeschäftsführung und Vertretungsmacht bei ärztlicher Behandlung eines Kindes, NJW 1972, 1117
Bermann	Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1896
Bertzel	Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn, AcP 158, 107 und NJW 1962, 2280
Beuthien	Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969
Boehmer	Besprechung von Lent, Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung, Kluckhohn, Der Auftrag zur Besorgung eines fremden Geschäfts und die auftraglose Geschäftsführung nach gemeinem und bürgerlichem Recht und Carl, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen, ZHR 67 (1910), 335

Boehmer	Einige kritische Gedanken zum Gleichberechtigungsgesetz, in: Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, Berlin 1958, S. 25 ff; zit.: Gedanken
Böhmer	Zur Frage der Anwendung des § 683 BGB im Verkehrsunfallrecht, JR 1967, 178
Blomeyer	Zivilprozeßrecht, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963
ders.	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil 2 A, München/Berlin 1966; zit.: Gutachten
Brandi	Bereicherung aus fremdem Vertrag, Diss. Münster 1966
Brox	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
Brückmann	Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftraglosen Geschäftsbesorgung, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, Hersg. Otto Fischer, 9. Band, Heft 1, Jena 1903
Brüggemann	Schadensausgleich bei Selbstopferung in kritischer Gefahrenlage, DAR 1954, 151
Buchka	Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts, Berlin 1897
v. Caemmerer	Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Rabel, Band 1, Tübingen 1954, S. 333 (v. Caemmerer, Gesammelte Schriften, Band I: Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Tübingen 1968, S. 209); zit.: Bereicherung
ders.	Anm. zu BGH NJW 1963, 579 betr.: Haftung des zurückgekehrten Verschollenen gegenüber dem Träger der Hinterbliebenenrente, NJW 1963, 1402
Canaris	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964; zit.: Lücken

Canaris	Notstand und "Selbstaufopferung" im Straßenverkehr, JZ 1963, 655
Chambon	Die Negotiorum gestio, Leipzig 1848
Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Hälfte, Tübingen und Leipzig 1902
Dankwardt	Die Negotiorum gestio, Rostock 1855
Dernburg	Pandekten, Zweiter Band, 5. Aufl., Berlin 1897; zit.: Pandekten
ders.	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Zweiter Band, Halle 1878; zit.: Preuss. Privatrecht
ders.	Das Obligationenrecht Preußens und des Reiches und das Urheberrecht, 5. Aufl., Halle 1897; zit.: Obligationenrecht
Deutsch	Die Selbstopferung im Straßenverkehr, AcP 165, 193
Diederichsen	Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 1966, 211
ders.	Zur Beweislastverteilung bei Schadensersatzansprüchen aus Vertrag, Delikt und Gefährdungshaftung, Karlsruher Forum (Beilage zu VersR) 1966, 21
ders.	Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises, ZZP 81, 45
Dietz	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn 1934
Dnistrjanskyj	Zur Lehre von der Geschäftsführung, IherJb 77, 48
Dorn	Die Übernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Erlangen 1960
Dütz	Zur privatrechtlichen Bedeutung der unterlassenen Hilfeleistung (§ 330 c StGB), NJW 1970, 1822
Ebbecke	Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, Recht 1921, 100
Ehmann	Ist die Erfüllung Realvertrag?, NJW 1969, 1833

Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, §§ 1 - 853, 8. Aufl., Berlin 1903
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., bearbeitet von Hans Carl Nipperdey, 1. Halbband, Tübingen 1959, 2. Halbband, Tübingen 1960; zit.: Enneccerus-Nipperdey
dies.	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Heinrich Lehmann, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958; zit.: Enneccerus-Lehmann
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 4. Aufl., Münster 1967 (Nachtragshefte 1969 und 1970); zit.: Erman-(Bearbeiter)
Esser	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
ders.	Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1969
ders.	Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970; zit.: Esser I
ders.	Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971; zit.: Esser II
Féaux de la Croix	Die Entschädigung bei Hilfeleistung in Not- und Unglücksfällen, JW 1939, 457
Fikentscher	Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin/New York 1971
Fleck	Der Beweis des ersten Anscheins in der Rechtsprechung des BGH, VersR 1956, 329
Freese	Die sogen. unechte Geschäftsführung ohne Auftrag. § 687 BGB., Diss. Göttingen 1931
Freund	Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag nach B. G. B. unter Berücksichtigung des früheren Rechts, Diss. Breslau 1912
Frotz	Dogmatische Fortschritte im Verständnis der Regreßmethoden bei Schuldnermehrheit, JZ 1964, 665

Gallas	Unterlassene Hilfeleistung nach deutschem Strafrecht, in: Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris, herausgeg. von Ernst Wolff, Düsseldorf 1955, S. 344 - 350
Geerds	Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg 1961
Georgiades	Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968
Gernhuber	Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl., München 1971
Glück	Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Ein Commentar, Fünften Theils erste Abtheilung, Erlangen 1798
Gursky	Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Geschäftsführung ohne Auftrag in der neueren Rechtsprechung, JurA 1969, 103 (Zivilrecht I, 35)
Grunsky	Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970
Hadding	Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, Tübingen 1970
Hagen	Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt a.M. 1971
ders.	Fremdnützige Selbstgefährdung im Straßenverkehr, NJW 1966, 1893
Hainmüller	Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensprozeß, Tübingen 1966
Hamann	Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag, NJW 1955, 481
Handelsgesetzbuch	Großkommentar der Praxis, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Dritter Band, 2. Aufl., Berlin 1963; zit.: (Bearbeiter) in RGRKomm z. HGB
Hauß	Anm. zu BGHZ 54, 157, betr.: GoA einer Gemeinde für die Haftpflichtversicherung eines Öltankwagens, BGH LM Nr. 12 zu § 677 BGB

Hellwig	Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899
Helm	Haftung und Versicherung bei der Selbstaufopferung des Kraftfahrers im Straßenverkehr, VersR 1968, 209, 318
Henke, Horst-Eberhard	Individualität und Anscheinsbeweis, JR 1961, 48
Henke, Wilhelm	Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968
Henle	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Schuldrecht, Rostock 1934
Hurst	Ersatzvornahme und Geschäftsführung ohne Auftrag im Polizei- und Ordnungsrecht, DVBl 1965, 757
ders.	Zustandshaftung bei einer gemeinschaftlichen Giebelmauer und Regreßanspruch gegen den Grundstücksnachbarn, ZMR 1969, 226
Ihering	Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Leipzig 1844
Isay	Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1900; zugleich Heft 1 des 6. Bandes der Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, Hrsg. Otto Fischer
Isele	Geschäftsbesorgung, Umrisse eines Systems, in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Nr. 75, Marburg 1935
ders.	Schmiergeldannahme als Eingriffserwerb, RdA 1962, 52
ders.	Arbeitnehmer als "Geschäftsbesorger", AuR 1964, 161
ders.	Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 687 BGB betr.: Herausgabe von "Schmiergeldern"
Isensee	Der Einfluß des Irrtums auf die Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Göttingen 1934
Jellinek, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1919

Jörs-Kunkel	Römisches Privatrecht, in: v. Liszt-Kaskel, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949
Kallfez	Zur Frage der Selbstaufopferung des Kraftfahrers, MDR 1963, 544
Kaser	Das Römische Privatrecht, in: Handbuch der Altertumswissenschaft, Erster Abschnitt, München 1955
ders.	Römisches Privatrecht, 7. Aufl., München 1972; zit.: RPR
Keller	Pandekten, Leipzig 1861
Klauser	Verwendungsersatz und Bereicherungsanspruch, NJW 1958, 47
ders.	Aufwendungsersatz bei Neubauten und werterhöhenden Verwendungen auf fremdem Grund und Boden, NJW 1965, 513
Klein, H. H.	"Auftrag" und "Geschäftsführung ohne Auftrag" im öffentlichen Recht, DVBl 1968, 129, 166
Klein, Peter	Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Hrsg. Otto Fischer, 25. Band, 2. Heft, München 1912
Kollhosser	Der Anscheinsbeweis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Entwicklung und aktuelle Bedeutung, Diss. Mainz 1963
ders.	Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP 165, 46
ders.	Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regreßinteressen beim Unfall eines Angestellten, AcP 166, 277
Körner	Die Selbstaufopferung von Kraftfahrern bei verkehrswidrigem Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer, DAR 1962, 11
Kohler	Die Menschenhülfe im Privatrecht, IherJB 25 (1887), 1
Kreß	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929, zit.: AT

Kreß	Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München/ Berlin 1934; zit.: BT
Kuhlenbeck	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts, LXVI. Geschäftsführung ohne Auftrag, JW 1909, 121
Kunisch	Die Voraussetzungen für Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, Diss. Berlin 1968
Lange, Hermann	Anm. zu BGHZ 38, 270, betr.: Selbstopferung eines Kraftfahrers, JZ 1963, 550
Larenz	Vertrag und Unrecht, 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hamburg 1937; zit.: Vertrag und Unrecht
ders.	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., München 1972, zit.: AT
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1970, zit.: Larenz I
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 10. Aufl., München 1972; zit.: Larenz II
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969, zit.: Methodenlehre
ders.	Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, in: Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963, S. 169; zit.: Rechtswidrigkeit
Lasker, Franz	Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Erlangen 1901
Laufs	Mehrere Geschäftsherrn bei der negotiorum gestio, NJW 1967, 2294
Leipold	Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966
Lenel	Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge, IherJB 44 (1902), 31

Lenel	Unentgeltliche und entgeltliche Geschäftsbesorgung, AcP 129, 1
Lent	Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung, Leipzig 1909; zit.: Geschäftsführung
ders.	Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Schuldrecht, Nr. 2, Leipzig 1938; zit.: Wille und Interesse
Leonhard	Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1931
Marschall v. Bieberstein	Reflexschäden und Regreßrechte, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967
Maurach	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971; zit.: AT
ders.	Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1969
Maurer	Polizei und Geschäftsführung ohne Auftrag - BayObLGZ 1968, 200 -, JuS 1970, 561
Medicus	Bürgerliches Recht, 5. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1971
ders.	Anm. zu BGH FamRZ 1971, 247 ("Flugpassagier - Fall")
ders.	Anm. zu OLG Nürnberg, JZ 1967, 61 und AG Düsseldorf, JZ 1967, 62, betr.: Haftungsfragen beim Abschleppen eines Kfz auf Anweisung der Polizei, JZ 1967, 63
Merk	Deutsches Verwaltungsrecht, Zweiter Band, Berlin 1970
Middel	Öffentlich-rechtliche Willenserklärungen von Privatpersonen, Berlin 1971
Moebis	Geschäftsführung ohne Auftrag im Verwaltungsrecht, Diss. Heidelberg 1934
Monroy	Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, Rostock 1878

Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896; zit.: Mot II
Mühlenbruch	Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 2. Teil, 2. Aufl., Halle 1838
Nagel	Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, Baden-Baden 1967
Neizert	Die auftraglose Besorgung subjektiv fremder Geschäfte, Diss. Rostock 1934
Neuffer	Der pflichtengebundene Geschäftsführer ohne Auftrag, Diss. Regensburg 1971
Niewiarra	Der Begriff des fremden Geschäfts bei der unerlaubten Eigengeschäftsführung, Diss. Göttingen 1965
Nipperdey	Der Eingriff in schuldrechtlich festgelegte Interessensphären und § 687 Abs. 2 BGB, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 163
Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl., Berlin 1910
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Aufl., München 1972; zit.: Palandt-(Bearbeiter)
Partsch	Studien zur Negotiorum Gestio I, Heidelberg 1913
Pawlowski, Enka	Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Diss. Göttingen 1966
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweiter Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900
ders.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, §§ 605 - 853, 3. Aufl., Berlin 1905
ders.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928; zit.: Planck-(Bearbeiter)

Pringsheim	Animus donandi, SZ 42, 273
ders.	Ersatz der früheren Klage aus nützlicher Verwendung durch die heutige Rechtsprechung, in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, 3. Band, Berlin und Leipzig 1929, S. 114; zit.: Ersatz
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898; zit.: Prot II
Puchta	Pandekten, Leipzig 1863
Rabel	Ausbau oder Verwischung des Systems? Zwei praktische Fragen, RheinZ 10 (1919/1920), 89 (=Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Band I, herausgegeben von Hans G. Leser, Tübingen 1965, S. 309)
ders.	Negotium alienum und animus, in: Studi in onore di Pietro Bonfante, Vol. IV, Milano 1930, S. 279 (=Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Band IV, herausgegeben von Hans Julius Wolff, Tübingen 1971, S. 441); zit.: Rabel, Bonfante
Raisch	Zur Begriffsbestimmung der Gesamtschuld, JZ 1965, 703
Redeker-von Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., Stuttgart 1971
Reichsgerichtsräte-Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Band II, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960; zit.: BGB-RGRK-(Bearbeiter)
Reinicke, G. und D.	Zum Übergang von Schadensersatzansprüchen auf Arbeitgeber und Dienstherrn, NJW 1956, 1464
Riccobono	Dal diretto romano classico al diretto moderno, Annali del Seminario Giuridicio della Universita di Palermo, Vol. III-IV, 165, Palermo 1917
Rietdorf	Grenzen der Geschäftsführung ohne Auftrag im Ordnungsrecht, DÖV 1966, 253
Rietschel	Anm. zu BGHZ 40, 28 ("Funkenflug-Entscheidung"), BGH LM Nr. 15 zu § 683 BGB

Rogalski	Der Selbstaufopferungsanspruch des Kraftfahrers, Diss. Münster 1965
Röing gt. Nölke	Die Rechtsstellung des minderjährigen Geschäftsführers bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Münster 1969
Rosenberg	Die Beweislast, 5. Aufl., München/Berlin 1965
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., München 1969
Rother, Werner	Vom Sinn und Anwendungsbereich der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Leipzig 1941; zit.: GoA
Rother, Werner	Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, München/Berlin 1965
ders.	Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169, 1
Roth-Stielow	Haftung der Eltern für Verkehrsunfälle, die spielende Kinder verursachen, NJW 1957, 489
Ruhle	Für wen erfolgt die Geschäftsführung ohne Auftrag bei Hilfeleistung an Verkehrsopfer?, MDR 1965, 108
Ruhstrat	Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, AcP 32 (1849), 173, AcP 33 (1850), 25, 213, AcP 34 (1851), 59
Rupp, Hans Heinrich	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
Schack	"Auftrag" und "Geschäftsführung ohne Auftrag" im öffentlichen Recht, JZ 1966, 640
Schindler	Die aufgedrängte Bereicherung beim Ersatz vom Impensen, AcP 165, 499
Schmidt, Eike	Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, JZ 1971, 601
Schmidt, Rudolf	Unechte Solidarität, IherJb 72, 1
ders.	Besprechung von Walter Selb, Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963, in AcP 163, 530

Schmidt, Rudolf	Anm. zu BGH NJW 1963, 2067, betr.: Gesamtschuldausgleich bei nichtiger Abrede zwischen den Gesamtschuldnern, NJW 1964, 295
Schneider, Egon	Der Anscheinsbeweis grober Fahrlässigkeit, MDR 1971, 535
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 16. Aufl., München 1972
Schwarz	Die Grenzen deliktischer Verantwortlichkeit für Gesundheitsbeschädigungen in den Fällen freiwilliger Hilfeleistung, JZ 1966, 162
Seiler	Der Tatbestand der negotiorum gestio im Römischen Recht, Köln/Graz 1968
Selb	Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963
ders.	Der Regreß des Versicherungs- und Versorgungsträgers über § 683 und § 812 BGB, NJW 1963, 2056
ders.	Individualschaden und soziale Sicherung, Karlsruher Forum 1964 (Beilage zu VersR), 3
Siber	Schuldrecht, Leipzig 1931
Sieg	Die Bedeutung der Leistungen Vierter für den Schadensersatzanspruch des Dritten, JZ 1964, 14
Sinn	Zum Rückgriff bei ungewollter Zahlung fremder Schulden (§ 267 BGB), NJW 1968, 1857
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969; zit.: Soergel-(Bearbeiter)
Spies	Geschäftsführung ohne Auftrag bei gleichzeitiger Wahrnehmung eigener oder dritter Interessen unter besonderer Berücksichtigung des Falles, daß der gestor kraft privaten oder öffentlichen Rechts zur Geschäftsbesorgung verpflichtet ist, Diss. Hamburg 1949
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweiter Band, 6./7. Aufl., Berlin 1900
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Berlin 1957

	II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 a, §§ 241, 243 - 248, 11. Aufl., Berlin 1967 Teil 3, §§ 611 - 704, 11. Aufl., Berlin 1958 Teil 4, Lieferung 2, §§ 741 - 779, 11. Aufl., Berlin 1959 zit.: Staudinger-(Bearbeiter)
Stein-Jonas-Schönke	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet seit 1953 von Pohle, fortgeführt seit 1967 von Grunsky-Leipold-Münzberg-Schlosser-Schumann, 19. Aufl., Tübingen 1964 ff; zit.: Stein-Jonas-(Bearbeiter)
Stoll	Vertrag und Unrecht, 2. Halbband, 2. Aufl., besorgt von Felgentraeger, Tübingen 1942
Sturm	Das negotium utiliter gestum, Weimar 1878
ders.	Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1897; zit.: Lehre
Suter	Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1933
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, 6. Aufl., München 1972
Tiedau	Rechtsweg und öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag, DÖV 1952, 164
Tietgen	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil 2 B, München/Berlin 1966
Tückmantel	Die Problematik einer Ausgleichspflicht für unerwünschten Vermögenszuwachs, Diss. Münster 1971
v. Tuhr	Actio de in rem verso, Freiburg i. Br./Leipzig 1895
ders.	Der 82. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ 1914, 334
Vangerow	Lehrbuch der Pandekten, Dritter Band, 7. Aufl., Marburg/Leipzig 1869
Wassermeyer	Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, Münster 1954

Weimar, W.	Geschäftsführung ohne Auftrag im Haftpflichtrecht, DRiZ 1956, 129
ders.	Für wen erfolgt die Geschäftsführung ohne Auftrag bei Hilfeleistung an Verkehrsopfern?, MDR 1964, 821
Weitnauer	Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, Karlsruher Forum 1966 (Beilage zu VersR), 3
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band II Teil 1, Berlin 1957
Windscheid	Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Band, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 1900 (Bearbeiter Theodor Kipp)
Wlassak	Die Geschichte der Negotiorum Gestio, Jena 1879
Wohlfarth	Zur Auslegung des § 687 Abs. 2 BGB, LZ 1932, 448
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., München 1971; zit.: Wolff I
ders.	Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., München/Berlin 1967; zit.: Wolff III
Wussow	Das Unfallhaftpflichtrecht, 11. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1972
Zeiss	Leistungsverhältnis und Insolvenzrisiko bei irrtümlicher Tilgung fremder Schulden, AcP 165, 332
ders.	Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung, JZ 1963, 7
ders.	Der Regreß des "Zahlvaters" gegen den wirklichen unehelichen Vater, FamRZ 1967, 527, 532
Zimmermann	Aechte und unächte negotiorum gestio, Gießen 1872; zit.: neg. gestio
ders.	Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Straßburg 1876; zit.: Lehre
Zitelmann	Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 1

Die Abkürzungen richten sich nach dem Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von Kirchner, 2. Aufl., Berlin 1968.

Sind von einer Schrift verschiedene Auflagen benutzt worden, so ist die Verwendung einer früheren Auflage im Zitat vermerkt.

Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

EINLEITUNG

Nach heute einhelliger Auffassung im Schrifttum und in der Rechtsprechung ist eine der Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag [1], daß jemand ein objektiv oder subjektiv fremdes Geschäft führt [2]. An die Führung des objektiv fremden Geschäfts wird häufig die Vermutung geknüpft, der Geschäftsführer wolle für den Geschäftsherrn handeln [3].

Im folgenden wird der Frage nachgegangen, ob bei jenen Sachverhalten, welche als objektiv fremde Geschäfte angesehen werden, dieser Wille wirklich vermutet werden darf. Dabei muß zunächst geklärt werden, ob das objektiv fremde Geschäft im Rahmen der GoA überhaupt eine materiellrechtliche Bedeutung hat. Wenn eine solche Bedeutung festzustellen ist, kann das Einfluß haben auf die inhaltliche Bestimmung dessen, was als objektiv fremd gelten muß. Andernfalls wäre zu prüfen, inwieweit das Verständnis von einem objektiv fremden Geschäft wenigstens durch die prozessualen Folgen, die sein Vorliegen haben soll, beeinflußt sein muß.

Besondere Berücksichtigung sollen die Fälle erfahren, in denen der Geschäftsführer zum Handeln einem anderen als dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet ist.

Ein praktisches Beispiel, in dem die in dieser Arbeit behandelten Fragen auftreten, ist die Funkenflugentscheidung des BGH (BGHZ 40, 28):

> Im Jahre 1959 entstanden entlang einer hessischen Bahnstrecke durch Funkenflug aus vorbeifahrenden Lokomotiven Waldbrände, zu deren Bekämpfung die freiwillige Feuerwehr der klagenden Gemeinde eingesetzt wurde. Diese verlangte Ersatz ihrer Aufwendungen nach den §§ 677, 683, 670 von der Deutschen Bundesbahn.
>
> Der BGH gab der Klage statt. Er nahm u. a. an, die Klägerin habe nicht nur ein eigenes, sondern auch ein objektiv fremdes Geschäft, nämlich das der Beklagten, geführt. Daher sei ihr Geschäftsführungswille zu vermuten.

---

1) Im weiteren Text GoA.

2) Statt aller Larenz II, S. 272; BGHZ 40, 28 ff.

3) So BGH, aaO; Esser II, § 98 IV 1 a; zweifelnd Medicus, § 17 II 2, 3 und N 12.

1. TEIL:
DIE GESCHÄFTSBESORGUNG FÜR EINEN ANDEREN NACH § 677

In dem ersten Teil dieser Arbeit soll geklärt werden, welche Bedeutung das objektiv fremde Geschäft für die Entstehung des Schuldverhältnisses einer berechtigten GoA - nur von ihr soll hier die Rede sein - hat.

Die Voraussetzungen der GoA ergeben sich aus den §§ 677 und 683, möglicherweise auch aus Folgerungen e contrario § 687. Der Wortlaut keiner dieser Bestimmungen enthält die Begriffe "fremdes Geschäft" oder "objektiv fremdes Geschäft". Allerdings ist erkennbar, daß der Gesetzgeber den Tatbestand der GoA in verschlüsselter, und - wie häufig beklagt wird [1] - nicht sehr verständlicher Form gefaßt hat. Die Hilfe der grammatischen Auslegungsmethode kann für die Beantwortung der hier gestellten Fragen nur gering sein.

Für den zu behandelnden Problemkreis ist jedenfalls § 683 offensichtlich ohne größere Bedeutung. In dieser Vorschrift werden von den Voraussetzungen der GoA im wesentlichen nur die behandelt, die auf der Seite des Geschäftsherrn vorzuliegen haben. Im Mittelpunkt der Überlegungen muß daher § 677 stehen. Aber auch der hierin enthaltene Teil des Entstehungstatbestandes einer GoA ist nicht im vollen Umfang für die Frage nach der Einordnung des objektiv fremden Geschäfts bedeutsam. Das Merkmal der Auftragslosigkeit und des Fehlens einer sonstigen Berechtigung kann für diesen Abschnitt der Untersuchung ohne weiteres ausgeklammert werden. Im zweiten Teil der Arbeit, der sich mit dem verpflichteten Geschäftsführer befaßt, wird es allerdings erörtert werden müssen.

Somit verbleibt von den in § 677 enthaltenen Tatbestandsvoraussetzungen nur das der Geschäftsbesorgung für einen anderen. Mit ihm befassen sich die folgenden Ausführungen.

---

1) ZB von Staudinger-Nipperdey, 13 vor § 677.

§ 1: ZUR PROBLEMATIK DER GEBRAUCHTEN BEGRIFFE UND ZUM METHODISCHEN VORGEHEN

§ 677 spricht lediglich davon, daß jemand "ein Geschäft für einen anderen besorgt" [1]. Die ganz herrschende Meinung dagegen unterscheidet zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften. Fügt man diese Differenzierung nach den Geschäftsarten hinzu, so scheint die Stelle wie folgt zu interpretieren zu sein: "Wer ein objektiv fremdes oder ein subjektiv fremdes Geschäft für einen anderen besorgt...". Nun wird meist angenommen, beim objektiv fremden Geschäft nehme der Geschäftsführer ein Geschäft vor, das einem fremden Rechtskreis angehöre und in irgendeiner Weise schon äußerlich als ein solches des Geschäftsherrn erscheine. Das subjektiv fremde Geschäft sei äußerlich neutral, werde aber durch den Willen des Geschäftsführers zum fremden Geschäft [2]. Hier taucht ein erstes Bedenken auf. Wenn jedes fremde Geschäft "für einen anderen" besorgt werden muß, dann ist möglicherweise die Aussage, ein subjektiv fremdes Geschäft werde für einen anderen geführt, tautologisch. Denn es ist doch wahrscheinlich, daß der Wille, der das neutrale Geschäft zum fremden machen soll, identisch ist mit dem Willen, ein Geschäft für einen anderen zu führen. Richtiger würde die obige Formulierung vielleicht dann, wenn anstelle der Worte "subjektiv fremdes" "neutrales" stünde. § 677 wäre dann so zu lesen: "Wer ein objektiv fremdes oder neutrales Geschäft (willentlich) für einen anderen besorgt...". Bei dieser Deduktion fällt auf, daß der Unterschied zwischen objektiv fremden und neutralen Geschäften für die Rechtsfolgen ohne wesentliche Bedeutung zu sein scheint. Es besteht vielmehr der Eindruck, mit den genannten Begriffen würde eine Abgrenzung gegen eine andere, nicht genannte Gruppe von Geschäften vorgenommen. Dabei kann es sich sinnvollerweise nur um die "objektiv eigenen" handeln.

Für die bisher vorgenommene Einfügung zusätzlicher Begriffe scheint der Gesichtspunkt der Systematisierung zu sprechen, wenn auch ihre Bedeutung noch völlig ungeklärt ist. Aber diese Systematik wird nur scheinbar widerspruchsfrei betrieben. Häufig legt man nämlich schon dem Tatbestandsmerkmal "Geschäft" oder "Geschäftsbesorgung" ein Moment der Fremdheit bei und sagt etwa, unter Geschäftsbesorgung iSd § 677 sei die "Besorgung jeder Angelegenheit zu verstehen, die im Interesse eines anderen liegt, oder deren Wahrnehmung einem ande-

1) Das Gesetz gebraucht, wie sich insbesondere aus dem weiteren Text des § 677 und aus den folgenden Paragraphen ergibt, die Wörter "führen" und "besorgen" synonym.

2) Zum ganzen genauer S. 47, 65.

ren obliegt" [1]. Falls das richtig ist, stellt sich die Frage, welcher Unterschied zwischen dem Besorgen eines Geschäfts und dem eines fremden Geschäfts besteht.

Ein Überblick über Schrifttum und Rechtsprechung zeigt, daß den Worten "(Wer) ein Geschäft für einen anderen besorgt" in § 677 insgesamt vier Hauptbegriffe entnommen werden [2]: Das "Geschäft", die "Besorgung des Geschäfts", die (objektive oder subjektive) "Fremdheit des Geschäfts" und die Besorgung des Geschäfts "für einen anderen". Während einige Autoren sämtliche Begriffe getrennt definieren [3], stellen andere der "Besorgung des Geschäfts" als objektivem Tatbestand die Führung "für einen anderen" als subjektiven Tatbestand gegenüber [4]; bei letzterem wird dann meist die Frage nach der objektiven oder subjektiven Fremdheit gestellt. Es finden sich noch weitere Kombinationen, ohne daß die jeweiligen Autoren damit unbedingt inhaltlich etwas anderes ausdrücken wollen.

Auf die Fragwürdigkeit einer solchen begrifflichen Zergliederung hat schon Isele [5] - vergebens - hingewiesen. In der Tat ließe sich etwa das "Geschäft" sinnvollerweise nur im Zusammenhang mit dem Begriff der Geschäftsbesorgung erklären. Auch das Merkmal "Fremdheit des Geschäfts" kann sich allenfalls aus einem Sinnzusammenhang der Formulierung "Geschäftsbesorgung für einen anderen" ergeben.

Zudem hat ein guter Teil der Schwierigkeiten, den Tatbestand der GoA, soweit er sich in § 677 findet, zu klären, historische Ursachen. Im gemeinen Recht war das "negotium alienum" ein entscheidendes Merkmal der negotiorum gestio. Obwohl die §§ 677 ff an die gemeinrechtliche Ausgestaltung dieses Instituts bewußt anknüpfen, verzichteten die Verfasser des BGB ausdrücklich darauf, von der "Führung der Geschäfte eines anderen" zu sprechen. Stattdessen wählten sie die jetzige, subjektivierende Fassung [6]. Aus dem Geschäft, das eine, wenn auch nicht weiter geklärte Beziehung zum Geschäftsherrn hatte, wurde das Geschäft, das offenbar durch Wille und Vorstellung in Bezug zu dem Geschäftsherrn gesetzt sein sollte. Lehre und Rechtsprechung haben diesen Gedanken jedoch nach anfänglichem Schwanken verworfen und sind zu den Unterschei-

---

1) Vgl. etwa Larenz II, S. 269.

2) Daß auch Geschäftsführer und Geschäftsherr in der Bestimmung genannt sind, spielt an dieser Stelle keine Rolle.

3) ZB Neuffer, S. 5 passim; Lent, Geschäftsführung (durchgängig).

4) ZB Staudinger-Nipperdey, Rdnr. 4 f zu § 677; ähnlich Larenz II, S. 269 ff.

5) S. 157 FN 5.

6) Hierzu und zur gesamten Entwicklung der GoA genauer S. 42, 75 ff.

dungen des gemeinen Rechts zurückgekehrt. Wie diese Rückkehr erfolgte und ob sie notwendig war, ist zu prüfen. An dieser Stelle soll lediglich festgehalten werden, daß das Verständnis der heutigen Auffassungen von der GoA durch die Kenntnis der Entwicklung bis zum Inkrafttreten des BGB erleichtert wird.

Wegen der aufgezeigten Schwierigkeiten einer aus dem Wortlaut des § 677 abgeleiteten Begriffsbildung wird im folgenden die "Geschäftsbesorgung für einen anderen" unter zwei Hauptgesichtspunkten betrachtet, nämlich dem des Verhaltens des Geschäftsführers (Geschäft, Geschäftsbesorgung, fremdes Geschäft) und dem seines Geschäftsführungswillens. Diese beiden tatsächlichen Elemente sind notwendigerweise in § 677 enthalten. Ob sich in ihnen der Gehalt der "Geschäftsbesorgung für einen anderen" erschöpft oder ob noch ein drittes Element, die objektive Beziehung zu Angelegenheiten des Geschäftsherrn, hinzukommt, muß sich zeigen.

Erster Abschnitt

§ 2: DAS VERHALTEN DES GESCHÄFTSFÜHRERS

Zwar setzt § 677 ein Verhalten des Geschäftsführers voraus, da sonst eine interessenwidrige Geschäftsführung nicht möglich wäre. Ob aber bereits für die Begründung des Schuldverhältnisses GoA erforderlich ist, daß der Geschäftsführer handelt, könnte im Hinblick auf § 683 zweifelhaft sein. Dort wird die Berechtigung der GoA und die Entstehung von Aufwendungsersatzansprüchen nur von bestimmten, in der Person des Geschäftsherrn liegenden Voraussetzungen abhängig gemacht, die bei der Übernahme vorliegen müssen. Das bedeutet jedoch nicht, daß bereits ein Entschluß des Geschäftsführers zur Anwendung der §§ 677 ff führen könnte. Selbst die Übernahme verlangt, wie Lent [1] überzeugend nachgewiesen hat, eine Betätigung des Willens.
Es kommt aber noch ein anderes hinzu. § 683 will festlegen, wann eine auftragslose Geschäftsführung berechtigt ist. Würde dies von der konkreten Ausführung und dem Erfolg des Handelns abhängig gemacht, träfe den Geschäftsführer ein erhebliches Risiko. Mit den §§ 677 ff wollte der Gesetzgeber jedoch die in bester Absicht für einen anderen geleistete Hilfe fördern, wenngleich auch jeder vor unerwünschten Einmischungen in seine Angelegenheiten geschützt sein sollte [2].

1) Geschäftsführung, S. 111 ff.
2) Mot II, 868; Prot II, 732.

Beides wird dadurch erreicht, daß für die Berechtigung der GoA die Beurteilung des Geschäftsführerhandelns im frühestmöglichen Zeitpunkt maßgeblich ist. Betrachtet man unter diesem Aspekt die §§ 677 und 683, so lassen sich nun über das Verhalten genauere Aussagen machen: § 677 setzt ein Handeln des Geschäftsführers voraus, § 683 blendet lediglich für die Aussage über die Berechtigung auf den Zeitpunkt der Übernahme zurück. Ob das spätere Verhalten [1] pflichtgemäß iSd § 677 ist, spielt dann nur noch eine Rolle bei der - hier nicht interessierenden - Frage nach eventuellen Schadensersatzansprüchen des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer. Ebenso wenig von Bedeutung für die Entstehung des Schuldverhältnisses ist, ob der Geschäftsführer den angestrebten Erfolg auch erreicht.

Im folgenden befassen wir uns daher mit dem planmäßig ausgeführten bzw. dem geplanten Verhalten des Geschäftsführers. Mit Rücksicht auf mögliche Konsequenzen für die Vermutungswirkung des objektiv fremden Geschäfts wird der gesamte Fragenbereich behandelt.

I. Rechtliche Qualität des Verhaltens

Die Frage, ob GoA nur bei einem rechtsgeschäftlichen Verhalten des Geschäftsführers möglich ist, wird meist bei der Bestimmung des Begriffs Geschäft gestellt, manchmal bei der des Begriffs "Geschäftsbesorgung". Rechtsprechung und Lehre sind sich heute darin einig, daß eine Beschränkung auf Rechtsgeschäfte bei der GoA - ebenso wie beim Auftrag - nicht in Betracht kommt. Eine andere Auffassung würde das Anwendungsgebiet der §§ 677 ff grundlos und entgegen der erklärten Absicht der Gesetzesverfasser [2] einengen. Die Ansprüche aus GoA können daher durch rechtsgeschäftliches, geschäftsähnliches oder tatsächliches Verhalten des Geschäftsführers begründet werden [3].

---

1) Im Einzelfall kann sich die Geschäftsführung im Übernahmeakt erschöpfen.

2) Mot II, 855.

3) St. Rspr., siehe zB BGHZ 56, 204, 207 mwN; für das Schrifttum vgl. etwa Staudinger-Nipperdey, 4 zu § 677; Larenz II, S. 269; umfangreiche Nachweise bei Neuffer, S 5 ff und Niewiarra, S 3 ff. Anderer Ansicht war etwa Staub, 2 zu § 362 HGB, der die tatsächlichen Handlungen ausschließen wollte.

II. Unterlassen

Im Schrifttum wird fast einhellig verneint, daß ein Unterlassen des Geschäftsführers taugliches Verhalten iSd §§ 677 ff sein kann [1]. Die höchstrichterliche Rechtsprechung brauchte sich bisher, soweit ersichtlich, mit dieser Frage nicht auseinanderzusetzen [2].

Betrachtet man die Stellungnahmen im Schrifttum genauer, so fällt auf, daß häufig nicht von einem Unterlassen, sondern vom bloßen Dulden oder Gewährenlassen gesprochen wird, das als Geschäftsbesorgung ausscheide [3]. Möglicherweise steht hinter der Auffassung dieser Autoren der Gedanke, es handle sich in solchen Fällen um reine Gefälligkeiten. Hier würde allerdings die Anwendung der §§ 677 ff ausscheiden [4]. Ungeachtet dieser Tatsache muß jedoch generell geklärt werden, warum das Verhalten [5] des Geschäftsbesorgers nicht in einem

---

1) Palandt-Thomas, 3 zu § 662; Staudinger-Nipperdey, 21 zu § 662; Soergel-Mühl, 2 zu § 677; Enneccerus-Lehmann, § 165 III 1.; Isele, S 120 f mwN; Hellwig, S 517, FN 42; Brückmann, S 69, der jedoch bei Vertragsverhältnissen eine Geschäftsbesorgung durch Unterlassen zuläßt; Kress, BT, § 36, 1 Aa und AT, § 11, 3 Aa (FN 27) verlangt jedenfalls für die Übernahme eine aktive Tätigkeit; Dorn, S 7 (FN 9); Neuffer, S 17 mwN.

2) Die Entscheidung RGZ 65, 17, die Staudinger-Nipperdey, aaO, und andere als Beleg für ihre Auffassung anführen, ist nicht einschlägig. Zwar verlangt das RG dort eine "Handlung im engeren Sinn" und verneint diese für das bloße Einräumen eines Platzes auf einem ohnehin fahrenden Wagen (S 18). Handlungen im engeren Sinn will es jedoch wie bei den früheren preußisch-rechtlichen "Verträgen über Handlungen" verstehen. Jene Verträge betrafen aber auch Unterlassungen (§§ 869 ff I 11 ALR). Sie erstreckten sich allerdings nicht auf Gebrauchsüberlassungen (vgl. Dernburg, Obligationenrecht, S 61). Dieselbe Einschränkung will offenbar das RG mit seiner Aussage vornehmen. - Der BGH teilt augenscheinlich und zu Recht die Bedenken des RG nicht. Im Flugpassagierfall (BGH NJW 1971, 609, 612, insoweit in BGHZ 55, 128 nicht enthalten) geht er als selbstverständlich davon aus, daß die Mitnahme im - ohnehin fliegenden - Flugzeug GoA sein kann.

3) Staudinger-Nipperdey, aaO; Palandt, aaO.

4) S. unten S 36 f

5) Im folgenden geht es nur um das tatsächliche Verhalten. Es wäre allerdings denkbar, daß auch der Bereich der Willenserklärungen (Schweigen mit Erklärungswirkung) durch die Fragestellung berührt wird. Dem soll wegen der geringen praktischen Bedeutung für die §§ 677 ff jedoch nicht nachgegangen werden.

Unterlassen bestehen können soll, zumal doch das Gesetz, wie § 241 Satz 2 zeigt, von der Möglichkeit einer Gleichstellung des Unterlassens mit dem Tun ausgeht.

Die - selten - gegebenen Begründungen lassen sich etwa wie folgt zusammenfassen: Das Unterlassen trete nicht in der Außenwelt in Erscheinung, was eine Geschäftsbesorgung jedoch voraussetze [1]. Allenfalls geschehe dies bei einer rechtlichen Verbindung mit vorangehenden Handlungen; dann sei aber GoA begrifflich ausgeschlossen [2]. Auch die bei den §§ 677 ff gewählten Worte wie "Führen", "Besorgen" eines Geschäfts und "Übernahme" der Geschäftsführung ließen erkennen, daß ein aktives Handeln erforderlich sei [3].

Die angeführten Argumente überzeugen nicht. Richtig ist, daß nur ein erkennbares Verhalten realisierbare Ansprüche aus GoA zur Folge haben kann, wenn man auf die Beweissituation im Prozeß abstellt. Materiellrechtlich geben die §§ 677 ff jedoch keinen Anlaß, das Unterlassen auszuschließen.

Die Wortwahl des Gesetzes kann - sofern man sie überhaupt als auf ein aktives Tun hinweisend ansieht - als Beleg für die Gegenansicht kaum angeführt werden. Zwar gehen die §§ 677 ff wohl vom Normalfall der Geschäftsführung aus, nämlich der des aktiv handelnden Geschäftsführers. Eine ähnliche Situation besteht aber auch zB bei den meisten Vorschriften des StGB. Hierdurch hat man sich dort zu Recht nicht an der Zulassung unechter Unterlassungsdelikte gehindert gesehen.

Der hM scheint noch eine naturwissenschaftliche Betrachtungsweise zugrundezuliegen. Das zeigt sich ganz deutlich bei Neuffers im Begründungszusammenhang stehender Aussage: "Denn wer unterläßt, der tut nichts und erzielt dadurch keine positiv erkennbare Wirkung" [4].
Demgegenüber muß betont werden, daß Unterlassen im Rechtssinn kein reines Nichtstun "an sich", sondern die Unterlassung einer bestimmten positiven Handlung ist [5]. Unterläßt jemand ein geplantes (erlaubtes) Verhalten, um einem anderen zu nützen, so kann das bei wertender Betrachtung einem Tun, welches GoA darstellte, gleichzusetzen sein [6].

---

1) Brückmann, S 8 f, 69.
2) Brückmann, aaO. Mit den vorangehenden Handlungen sind offenbar solche gemeint, die Unterlassungspflichten erzeugen.
3) Neuffer, S 11, 17.
4) Neuffer, S 17.
5) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 137 I; Larenz, AT, § 18 II c (S 221).
6) Die Frage der Gleichwertigkeit soll hier nicht vertieft werden. Zum (zivil-)rechtlich relevanten Unterlassen siehe etwa die in der vorigen FN Zitierten mwN.

Schließlich spricht noch ein mehr praktisches Argument für die hier vertretene Ansicht, nämlich die auch heute bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem Tun und dem Unterlassen. Behandelt man im Rahmen der GoA beide Handlungsarten gleich, so können unbillige Zufallsergebnisse vermieden werden [1].

Im übrigen werden die Fälle der GoA durch Unterlassen selten sein, da hier häufig nur Gefälligkeiten erfolgen, Wille und Interesse des Geschäftsherrn an der Übernahme meist fehlen werden und - in Ansehung der praktischen Konsequenzen - letztlich regelmäßig Beweisschwierigkeiten bestehen werden.

III. Reflexhandlung

Im Hinblick auf die weitere Untersuchung soll kurz auf ein besonderes tatsächliches Verhalten, die "Reflexhandlung", eingegangen werden. Als Beispiel für eine Handlung, die im Schrifttum unter diesen Begriff subsumiert wird, sei das völlig spontane Ausweichen des Kraftfahrers in einer Gefahrensituation genannt.

Zivilrechtliche Rechtsprechung und Lehre sehen offenbar keine Schwierigkeiten, "Reflexhandlungen" dem Anwendungsbereich der GoA zu unterstellen. Da § 677 erfordert, daß der Geschäftsführer für einen anderen gehandelt hat, wäre es an sich auch unschädlich, wenn die Handlungsqualität der Reflexbewegung ungeprüft bliebe. Denn spätestens bei der Prüfung dieser Frage würde sich zeigen, ob der Geschäftsführer zumindest bewußt [2] tätig geworden ist. Bedenklich wird die fehlende Prüfung der Frage, ob eine Handlung im Rechtssinne vorliegt, wenn gerade aus dem Verhalten ein Schluß auf den Willen gezogen wird. So hat der BGH das Ausweichen eines Kraftfahrers vor einem ihm plötzlich in die Fahrbahn geratenen Radfahrer als Führen eines objektiv fremden Geschäfts angesehen und hieran eine "gewisse Vermutung" geknüpft, dieses Geschäft sei für den anderen besorgt worden [3].

Dem BGH ist jedoch insoweit zu folgen, als er im Ausweichen des Kraftfahrers eine Handlung sieht. Es geht hier nämlich gar nicht um eine Reflexbewegung,

---

1) Besteht etwa die Selbstopferhandlung des Kraftfahrers in einem Unterlassen, so müßte nach der hM ein Ersatzanspruch entfallen. Es ist allerdings zu vermuten, daß man in einem solchen Fall die Zuflucht zur Bewertung des Verhaltens als Tun suchen würde.

2) Genauer S 26 ff.

3) BGH v. 27. 11. 1962 - VI ZR 217/61 - BGHZ 38, 270, 275 f.

sondern um eine sogenannte "halbautomatisch" ablaufende Reaktion [1]. Reflexbewegungen unterliegen keiner willentlichen Steuerung. Dagegen sind etwa spontane Ausweichbewegungen erlernte, also ursprünglich bewußte, Verhaltensweisen, zu deren Vornahme nunmehr kein neuer Willensbildungsprozeß erforderlich ist (konditioniertes Verhalten). Daß sie Handlung auch iSd §§ 677 ff sind, bedarf keiner weiteren Erörterung.
Durch echte Reflexe dagegen kann eine GoA nicht vorgenommen werden. Denn die gesamte Regelung der §§ 677 ff ist auf ein bewußtes, willentlich gesteuertes Verhalten zugeschnitten. Der Geschäftsführer muß das Geschäft für einen anderen besorgen [2] und sich bei der Ausführung an dessen Interesse orientieren (§ 677); in den Fällen der Gefahrenabwehr stellt das Gesetz auf den verfolgten Zweck ab (§ 680). Schließlich setzt der meist als Sinn der GoA angesehene Gedanke, altruistisches Verhalten zu fördern, ein zielgerichtetes Tätigwerden voraus.

IV. Gegenständliche Beschränkungen des Verhaltens

1. Handeln im wirtschaftlichen Bereich

Wenn - wie früher vertreten wurde [3] - die Bezeichnung des hier untersuchten Rechtsinstituts als Geschäftsführung ohne Auftrag und das in den §§ 677 ff wiederholt gebrauchte Wort "Geschäft" bedeuten, daß GoA nur auf wirtschaftlichem Gebiet stattfinden kann, muß der Kreis tauglicher Handlungen möglicherweise eingeengt werden. Unterstellt man einmal die Richtigkeit dieser Auffassung, so bleibt die Frage, wonach sich bestimmt, ob "wirtschaftliche" Handlungen vorliegen. Man könnte darunter vielleicht solche Handlungen verstehen, die typischerweise der Erhaltung oder Vermehrung eines Vermögens dienen. Möglich wäre aber auch, daß es sich um Maßnahmen handeln soll, welche einen Bezug zum Vermögen des Geschäftsherrn haben. Im ersten Fall ist unklar, ob es überhaupt solche typischen Handlungen gibt. Zudem wäre es hier möglich, daß der Geschäftsführer je nach Wahl des Mittels GoA vornähme oder nicht, obwohl er stets

---

1) Vgl. Maurach, § 17 II 1 (S 188) mwN; Baumann, § 16 I 2 (S 177); Schönke-Schröder, 29 vor § 1 StGB.

2) Dazu unten S 26 ff.

3) ZB von Oertmann, 2 vor § 677 (mwN). Insbesondere im gemeinen Recht wurden verschiedentlich auch noch andere Versuche unternommen, den Anwendungsbereich der GoA gegenständlich zu beschränken (vgl. Neuffer, S 7 ff und Niewiarra, S 3 ff). Für das geltende Recht spielen sie keine Rolle mehr.

das gleiche Ziel verfolgte oder die gleiche Wirkung erreichte. Sinnvoll kann daher nur die andere Alternative sein, nämlich der Bezug des Handelns zu wirtschaftlichen Angelegenheiten des Geschäftsherrn. Dann geht es aber nicht mehr allein um eine Handlungsqualität, sondern um die Frage nach der Beziehung und ihren Eigenschaften. Davon wird im nächsten Abschnitt die Rede sein.

2. Das bloße Geben

Im Schrifttum findet sich verschiedentlich die Vorstellung, ein bloßes Geben [1] könne nicht Geschäftsführung sein [2]. Als Begründung wird angeführt, beim Geben liege nicht die für § 677 erforderliche Tätigkeit vor, und die Versionsklage des gemeinen Rechts und des prALR sei nicht ins BGB aufgenommen worden [3].

In ihrem ersten Teil kann die Begründung nicht überzeugen, da eine Beschränkung der Vorschriften über die GoA auf aktive Tätigkeiten nicht ersichtlich ist [4]. Überdies ist fragwürdig, warum ein Geben nicht als Tätigkeit zu betrachten ist, mag hier auch die Übereignung oder Besitzverschaffung im Vordergrund stehen. Das Gesetz selbst geht davon aus, daß die Hingabe von Vermögenswerten als Handlung des Geschäftsführers in Betracht kommt. Die Erfüllung der in § 679 genannten Verpflichtungen wird nämlich regelmäßig in dieser Weise erfolgen [5].

Ein gewichtigeres Argument könnte die Tatsache sein, daß die Versionsklage bewußt nicht im BGB geregelt wurde [6]. Die gemeinrechtliche Versionsklage gab dem Versionskläger einen Wertersatzanspruch gegen den Beklagten, der aus einem Vertrag zwischen einem in seinem Interesse handelnden Dritten und dem Kläger bereichert wurde [7]. Nach § 262 I 13 ALR stand das Recht aus nützlichen Verwendungen (Versionsanspruch) demjenigen zu, "aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet worden ist". Die hM hielt diese Vorschrift sowohl für die angeführten mittelbaren Zuwendungen, also wie im ge-

---

1) Häufig gebrauchte Beispiele: A gibt dem verunglückten B ein Medikament; A reicht seinen Verbandsstoff dem Arzt C, der B verbinden will.

2) Etwa Medicus, § 17 I, vor 1.; BGB-RGRK- Denecke, 3 vor § 677; Palandt-Gramm, 2 a zu § 677; Neuffer, S 18.

3) So Denecke, aaO.

4) Vgl. S 7 ff.

5) Ebenso Brandi, S 82.

6) Vgl. Mot II, S 871 ff.

7) Genauer vgl. Brandi, S 66 f mwN.

meinen Recht, als auch für unmittelbare Zuwendungen anwendbar [1].

Für die Beantwortung der hier gestellten Frage ist entscheidend, ob mit der Nichtaufnahme des Versionsanspruchs in das BGB auch die Anwendung der §§ 677 ff ausgeschlossen sein sollte, soweit in einem Versionsfall deren Voraussetzungen erfüllt sind. Das ist zu verneinen. Aus dem Gesetz ergibt sich ein solcher Ausschluß nicht. In den Motiven heißt es ausdrücklich [2], der Entwurf kenne, "wie schon aus den Vorschriften über die Kondiktionen (bes. § 748 [3]) und die negotiorum gestio erhellt, keine Versionsklage ...". Daraus ergibt sich, daß die Verfasser des Gesetzes von der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die GoA ausgingen.

Auch soweit das bloße Geben nach früherem Recht einen Versionsanspruch ausgelöst hätte, kann es somit heute GoA sein, wenn die weiteren Voraussetzungen der §§ 677 ff erfüllt sind [4]. Zu Recht sieht die hM daher keinen Hinderungsgrund, bei der Zahlung fremder Schulden die Anwendbarkeit der Vorschriften über die GoA zu bejahen [5].

---

1) ZB ROHG 3, 377; ausführlich Brandi, S 35 ff.

2) Mot II, S 871.

3) E I, die condictio sine causa betreffend (Verf.).

4) Im Ergebnis ebenso Staudinger-Nipperdey, 4 zu § 677, 63 vor § 677 (mwN); Dorn, S 8 (FN); Brandi, S 78, 101; vgl. auch RG JW 1905, 80 (Nr. 19). Zur Anwendbarkeit der §§ 677 ff in den Versionsfällen siehe auch Pringsheim, Ersatz, S 114, 116 f. - AA etwa Neuffer, S 87 f, der die Anwendung der GoA in anderem Zusammenhang zu Unrecht als Umgehung eines gesetzlichen Ausschlusses der Versionsklage ansieht und sich zudem dabei fälschlich auf die Untersuchung Brandis, aaO, beruft. Zweifelnd wohl auch Medicus, JZ 1967, 65.

5) Vgl. beispielsweise BGHZ 47, 370, 371; BGH BB 1969, 194.

Zweiter Abschnitt:

Die Beziehung zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn

§ 3: EINFÜHRUNG

Die generelle Klärung, welche Art von Handlungen des Geschäftsführers für die GoA in Betracht kommt, gibt nur wenig Aufschluß über das Entstehen dieses Schuldverhältnisses. Nachdem vertragliche Vereinbarungen des Geschäftsführers mit dem Geschäftsherrn hierfür zumindest als "sonstige Berechtigung" notwendig ausscheiden, muß auf eine andere Weise eine Beziehung zwischen diesen beiden Personen hergestellt sein [1]. Da § 683 davon ausgeht, daß der Geschäftsherr bereits feststeht - wie sonst sollte dessen Interesse und Willen festgestellt werden - liegt die Lösung der Frage bei § 677. Hier bestehen nun vier Möglichkeiten: Entweder sind stets Wille und/oder Bewußtsein des Geschäftsführers "für einen anderen" zu handeln, ausschlaggebend für die Herstellung der Beziehung, oder es sind dies (objektive) Umstände in der Person des Geschäftsherrn, der "Bereich", in dem der Geschäftsführer tätig wird, das "fremde Geschäft" [2]. Denkbar wäre auch, daß beide Kriterien gleichzeitig oder alternativ vorliegen müssen.
Mit dieser Feststellung ist der Ausgangspunkt eines in Deutschland schon im gemeinen Recht herrschenden Meinungsstreits über den Begriff des fremden, insbesondere des objektiv fremden Geschäfts erreicht.

§ 4: NOTWENDIGKEIT EINES ALLGEMEINEN OBJEKTIVEN UND POSITIVEN MERKMALS

Soll für sämtliche Fälle der GoA nach einem objektiven Verbindungsglied zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handeln des Geschäftsführers gesucht werden, so muß dieses bei den objektiv wie bei den subjektiv fremden Geschäften vorhanden sein.

---

1) Ähnlich die Frage Lents (Geschäftsführung, S 6 ff) danach, welches die Beziehungen seien, die eine Handlung eines Menschen zum Geschäft eines anderen machen.

2) Vgl. Lent, Geschäftsführung, S 8.

I. Überblick über die Rechtsprechung des BGH

Der BGH scheint von der Existenz einer solchen allgemeinen Voraussetzung auszugehen, wenn er annimmt, "daß von der Besorgung eines Geschäfts für einen anderen nur die Rede sein kann, wenn eine Tätigkeit ausgeübt wird, die an sich der Sorge eines anderen obliegen würde und durch die dessen Interesse gefördert wird" [1]. Diese Formulierung des VII. Senats, von dem im übrigen die meisten der wichtigen Entscheidungen zur GoA stammen, stimmt im wesentlichen mit der des RG überein [2].
In früheren Entscheidungen hatte der Senat vorsichtiger formuliert und das Interesse des Geschäftsherrn unter dem Gesichtspunkt des objektiv fremden Geschäfts geprüft. So heißt es etwa in der Funkenflug-Entscheidung [3] bei der Untersuchung, ob die Feuerwehr mit dem Löschen auch ein objektiv fremdes Geschäft, nämlich das der für den Brand verantwortlichen Bundesbahn, geführt habe: "In deren (d. h. aller, die durch die Ausbreitung des Feuers Schaden erleiden konnten, Verf.) Interesse lag das Eingreifen und demgemäß wurde auch deren Geschäft mitbesorgt. Zu diesem Interessenkreis gehörte hier die Bundesbahn" [4].

In einer anderen Entscheidung wird ausgeführt, es könne unentschieden bleiben, ob der Kläger "überhaupt ein Geschäft aus dem Interessenkreis des Beklagten, also [5] ein objektiv fremdes Geschäft besorgt hat" [6]. Ähnlich klingt es auch, wenn im Flugpassagier-Fall gesagt wird [7], die Rückbeförderung des Beklagten, "dessen Sache es an sich war, ... selbst für seine Rückkehr nach Deutschland zu sorgen", sei für die Klägerin ein objektiv fremdes Geschäft.

Bei den übrigen Senaten des BGH ist eine durchgehende Linie ebenfalls schwer zu erkennen. Der II. Senat sieht als Geschäftsbesorgung iSd §§ 677, 681, 666

---

1) BGHZ 56, 204, 207; im Ergebnis wohl ebenso BGHZ 55, 207 ff. Die Formulierung ist jenen zum Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 angeglichen (vgl. BGH BB 59, 134 - IV. Senat -, BGHZ 45, 223, 228 - VII. Senat -). Bei § 675 verlangt der BGH als zusätzliches Merkmal eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakters.

2) Vgl. RGZ 97, 61, 65; hierauf beruft sich auch der BGH aaO. Ähnlich RGZ 109, 299, 301.

3) BGHZ 40, 28.

4) aaO, S 31.

5) Unterstreichung vom Verf.

6) BGH LM 17 zu § 683.

7) BGH NJW 1971, 609, 612, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 55, 128.

Handlungen an, durch die "in den Interessen- und Rechtskreis eines anderen eingegriffen worden ist" [1]. In einer späteren Entscheidung formuliert er jedoch im Zusammenhang mit § 362 HGB, Geschäfte für einen anderen besorge, wer "eine an sich dem anderen zukommende Tätigkeit diesem abnimmt" [2].

Für den IV. Senat entscheidet sich die Frage, ob ein Geschäft eines anderen besorgt werde, danach, ob es (auch) dem Interessenkreis des anderen zuzurechnen sei und in der Absicht vorgenommen werde, (ebenfalls) die Interessen des anderen wahrzunehmen [3].

Etwas eingehender soll insoweit eine Entscheidung des VI. Senats zur Selbstopferung des Kraftfahrers [4] erörtert werden.

Der Senat führt zunächst aus, das Ausweichen des Fahrers S. - dem der Entlastungsbeweis nach § 7 II StVG gelang - zur Vermeidung eines Zusammenstoßes mit dem Beklagten sei eine Geschäftsbesorgung. Denn S. habe damit "eine Angelegenheit besorgt, die im Interesse des Beklagten lag". Das erfülle den Begriff der Geschäftsbesorgung. Auch liege die Besorgung eines objektiv fremden Geschäfts vor. S. habe, "wie schon erwähnt wurde [5], Belange des Beklagten wahrgenommen, indem er ihn davor bewahrte, verletzt oder gar getötet zu werden" [6]. Man darf - nicht nur wegen des Einschubs im letzten Satz - annehmen, daß der BGH hier das 'Besorgen einer Angelegenheit im Interesse eines anderen" in derselben Weise verstanden wissen will, wie die "Wahrnehmung der Belange eines anderen". Dann bestünde aber insoweit kein Unterschied zwischen der Geschäftsbesorgung und dem Besorgen eines objektiv fremden Geschäfts.

Eine zusätzliche Schwierigkeit, den Standpunkt der aufgeführten Entscheidung zu erkennen, d. h. festzustellen, was der Senat unter Geschäftsbesorgung und was unter dem objektiv fremden Geschäft versteht, erwächst aus den weiteren Ausführungen zum objektiv fremden Geschäft. Sein Vorliegen soll nämlich nicht mit der Erwägung angezweifelt werden können, "die Selbstaufopferung (sei) dem eigenen Rechtskreis des Kraftfahrers zuzurechnen" [7]. Nach den bisherigen Ausführungen dieses Urteils, aber auch auf Grund von Entscheidungen der anderen Senate, mußte der Eindruck entstehen, eine derartige Frage habe ihren Platz bei der

---

1) BGH LM Nr 2 zu § 677, ähnlich wohl BGHZ 32, 44, wo vom Geschäftsbereich gesprochen wird (ebenso schon RGZ 143, 91, 95).
2) BGHZ 46, 43, 47.
3) BGHZ 54, 157, 160.
4) BGHZ 38, 270.
5) Unterstreichung vom Verf.
6) Zum gesamten: BGH, aaO, S 275.
7) BGH, aaO, S 275.

Untersuchung des Begriffes "Geschäftsbesorgung".

In einer späteren Entscheidung greift der VI. Senat dann wieder den schon bekannten Satz auf, der Geschäftsführer habe ein Geschäft des anderen geführt, da er sich einer Sorge annahm, die diesem oblag [1]. Hier scheint allerdings recht eindeutig das objektiv fremde Geschäft gemeint zu sein.

Aus der - exemplarisch angeführten - Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs läßt sich kaum eine eindeutige Antwort auf die Frage gewinnen, ob hier ein allgemeines objektives Merkmal für die Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn angenommen wird. Zwar wird bei der Erläuterung des Begriffs Geschäftsbesorgung, der sowohl für die objektiv wie für die subjektiv fremden Geschäfte denselben Inhalt haben müßte, ein solcher Eindruck erweckt.

Das geschieht durch Formulierungen wie "Tätigkeit, die an sich der Sorge eines anderen obliegt", "Förderung fremden Interesses", "Handeln im Rechtskreis" oder "Interessenkreis" eines anderen. Diese Kriterien werden jedoch häufig auch zur Bestimmung des objektiv fremden Geschäfts verwandt, in der Entscheidung BGHZ 38, 270 (275) sogar nachdem Entsprechendes zur Geschäftsbesorgung gesagt wurde.

Die hier zutage tretende dogmatische Unklarheit ist allerdings für die Rechtsprechung des BGH ohne Belang. Man muß nämlich annehmen, daß der BGH in allen von ihm entschiedenen Fällen lediglich prüfte, ob ein objektiv fremdes Geschäft vorlag. Soweit ersichtlich, gibt es keine Entscheidung, in der die Frage nach der Führung eines subjektiv fremden Geschäfts gestellt wurde. Das hat verschiedene Gründe [2], von denen jedoch die Beweissituation der wichtigste ist. Denn nur für das objektiv fremde Geschäft soll es eine Vermutung des Geschäftsführungswillens geben [3].

Bei dieser Ausgangssituation konnte daher auch - ungeachtet der Bedenken, die ohnedies gegen die begriffliche Aufgliederung bestehen - eine scharfe Grenzziehung zur Geschäftsbesorgung unterbleiben. Für das Ergebnis wäre sie ohne Bedeutung geblieben. Eine solche Arbeitserleichterung scheidet für die hier ge-

---

1) BGH VersR 1970, 620.

2) ZB werden die "normalen" neutralen Geschäfte (etwa Kauf einer Sache) kaum auftragslos für einen anderen besorgt, wenn es sich um Objekte handelt, deren Wert die Revisionssumme erreicht. - Auch die Frage der Geschäftsherrnbestimmung kann hier eine Rolle spielen; dazu unten S 41 ff.

3) Vgl. S 119 ff

führte Untersuchung aus. Es ist daher zu prüfen, ob jede GoA ein objektives Element, etwa das Handeln im Rechts- bzw. Interessenkreis eines anderen, die Wahrnehmung von fremden Obliegenheiten oder die Förderung fremder Interessen voraussetzt.

II. Förderung fremder Interessen

Versteht man den Begriff der Förderung fremder Interessen objektiv - und nur insoweit interessiert er hier -, so hieße das entweder, das Handeln des Geschäftsführers müsse Folgen haben, welche den Interessen des Geschäftsherrn entsprechen [1]. Damit wäre aber eine Forderung aufgestellt, die im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung stünde. Wie § 683 zeigt, hängt die Berechtigung der GoA nur von der Einschätzung der Lage im Zeitpunkt der Übernahme ab. Dann dürfen aber die Voraussetzungen der GoA nicht auf eine spätere Zeit abzielen. § 683 liefe sonst weitgehend leer; zudem wäre das Risiko des Geschäftsführers in einer vom Gesetz nicht gewollten Weise vergrößert [2].
Soll mit Förderung fremder Interessen gemeint sein, das Handeln des Geschäftsführers müsse geeignet sein, dem Interesse des Geschäftsherrn zu dienen, so handelt es sich um einen Vorgriff auf § 683, möglicherweise auch auf § 679. Dort werden die Bedingungen genannt, unter denen das BGB die auftragslose Geschäftsbesorgung für einen anderen gestattet. Da das Interesse des Geschäftsherrn, möglicherweise auch sein "wohlverstandenes" (vgl. § 679), hierzu gehört, kann es nach der Systematik des Gesetzes nicht gleichzeitig Merkmal der Geschäftsbesorgung sein. Indiz hierfür ist auch, daß andernfalls § 687 notwendig eine von den §§ 677 ff abweichende Bestimmung der Geschäftsbesorgung verlangte [3].

---

1) So v. Tuhr, actio, S 20 f, 25 f.

2) Im Ergebnis ebenfalls ablehnend zB Lent, Geschäftsführung, S 21; Leonhard, S 419; Isele, S 164; Oertmann, 3 d vor § 677.

3) Die Forderung, das Handeln müsse dem fremden Interesse dienen, wurde auch im gemeinen Recht vertreten (vgl. die Nachweise bei Lent, Geschäftsführung, S 16 ff). Da dies aber meist nur für das subjektiv fremde Geschäft geschah, Handeln im fremden Interesse zum Teil als subjektives Merkmal verstanden wurde und schließlich eine dem § 683 entsprechende Rechtslage nicht bestand, braucht diese Lehre hier nicht berücksichtigt zu werden. Lents Argumentation gegen sie (aaO) soll an dieser Stelle ebenfalls nicht aufgegriffen werden. Sie betrifft auch das Handeln im fremden Namen als subjektives Merkmal und ist zudem von dem Bestreben geprägt, einen einheitlichen Geschäftsbesorgungsbegriff für die §§ 662, 675, 677, 687 zu finden (vgl. aaO, S 9, 25). Darauf wird an anderer Stelle einzugehen sein.

III. Handeln im fremden Rechts- oder Interessenkreis

Auch in der Literatur wird angenommen, der Geschäftsführer müsse bei einer Geschäftsbesorgung in einem fremden Interessen- oder Rechtskreis handeln [1]. Nun mag dies zwar für das objektiv fremde Geschäft zutreffen. Daher wird auch meist als dessen Voraussetzung ein Handeln im Interessen- bzw. Rechtskreis des anderen angesehen [2]. Für das nur subjektiv fremde Geschäft kann ein solches Merkmal jedoch nicht gelten. Da es der gebräuchlichen Definition nach äußerlich neutral sein soll, kann auch kein objektiver Bezug zu einem fremden Rechtskreis bestehen. Die Beziehung, welche aus der GoA entsteht, muß hier außer Betracht bleiben, da man sonst eine Rechtsfolge des Schuldverhältnisses zu seiner Voraussetzung machte.

IV. Handeln im fremden Rechtskreis und objektive Zweckbestimmung

Eine besondere Ausprägung erhält der Gedanke, der Geschäftsführer der GoA handle stets im fremden Rechtskreis, bei Neizert. Dieser vertritt die Ansicht, Geschäft sei jede Tätigkeit, die innerhalb des Rechtskreises einer Person deren Besorgung unterliegt [3]. Insoweit besteht noch kein Unterschied zu der im vorigen Punkt angesprochenen Auffassung; das Gesagte gilt auch hier. Neizert bestimmt jedoch anschließend das objektiv fremde Geschäft als Geschäft, dessen Zweckbeziehung zu einem fremden Rechtskreis sich bereits aus dem Gegenstand der Tätigkeit ergibt [4]. Subjektiv fremd soll dagegen das Geschäft sein, das erst durch eine ihm vom Handelnden verliehene Bestimmung diese objektive Zweckbeziehung erhält [5]. Nach Neizerts Meinung wird also die Beziehung zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn stets durch ein objekti-

---

1) Vgl. etwa BGB - RGRK[11] - Denecke, 3 vor § 662; Stoll, S 252; Lenel, AcP 129, 8; Nachw. zur älteren Literatur bei Lenel, IhJb 44, 32 ff; Schwarz, JZ 1966, 166; kritisch Esser II, § 82 I b.

2) ZB Erman-Hauß, 2 c vor § 677; ähnlich Esser II, § 98 IV a. - Wenn Kreß, BT § 36, 1. Aa, das Handeln im fremden Rechtskreis als Kennzeichen der GoA ansieht, betrifft das nur die Führung objektiv fremder Geschäfte, da er die Möglichkeit subjektiv fremder Geschäfte in Frage stellt (vgl. aaO, § 36, 2 a). Vgl. im übrigen unten S. 126 ff.

3) Neizert, S 15 f.

4) Neizert, S 19 f, 23.

5) Neizert, S 23 f.

ves Moment hergestellt. Oberbegriff ist dabei offenbar der Bezug zum fremden Rechtskreis, wie sich aus der Definition des Geschäfts ergibt. Diese objektive Beziehung wird dann in unterschiedlicher Weise bestimmt, je nachdem, ob ein objektiv oder ein subjektiv fremdes Geschäft vorliegt.

Die Richtigkeit dieser Thesen steht und fällt mit der angeführten Definition des subjektiv fremden Geschäfts. Diese Definition ist jedoch abzulehnen. Unverständlich an ihr ist, wie der Zweck, der mit einer Handlung verfolgt wird, zur (objektiven) Eigenschaft des Geschäfts werden kann. Das gilt umso mehr, als das Geschäft auch nach der Meinung Neizerts identisch ist mit dem Handeln [1] und das Handeln beim subjektiv fremden Geschäft sich äußerlich nicht vom Handeln im eigenen Interesse unterscheiden soll.

V. Wahrnehmung fremder Belange oder Obliegenheiten

Die Annahme des BGH, bei der Geschäftsbesorgung für einen anderen werde eine Tätigkeit übernommen, die an sich der Sorge eines anderen obliege [2], oder: eine an sich dem anderen zukommende Tätigkeit werde diesem abgenommen [3], findet sich auch im Schrifttum [4]. In diesen Zusammenhang gehört wohl auch die Aussage, es müsse in fremde Angelegenheiten eingegriffen worden sein [5]. Solche Formulierungen werden andererseits - auch vom BGH - ebenfalls zur Beschreibung des objektiv fremden Geschäfts bei der GoA verwandt [6]. Die Begriffsverwirrung wird dadurch noch erhöht, daß zwar nach allgemeiner Ansicht die Geschäftsbesorgung im Sinne des § 677 identisch ist mit der des § 662, die Geschäfts-

---

1) Neizert, S 16.

2) BGHZ 56, 204, 207 (zu § 662), unter Verweisung auf RGZ 97, 61, 65 (zu § 677); vgl. auch BGHZ 45, 223, 229 (zu § 675).

3) BGHZ 46, 43, 47 (zu § 362 HGB).

4) Soergel-Mühl, 3 zu § 677; Erman-Hauß, 2 b vor § 677; Enneccerus-Lehmann, § 165 III 1; Medicus, § 17 I vor 1. - Kritisch zur Frage des "Obliegens" Staudinger-Nipperdey, 2 a vor § 662.

5) Staudinger-Nipperdey, 4 zu § 677; möglicherweise soll damit aber auch dasselbe gesagt werden, wie mit dem Handeln im fremden Rechts- und Interessenkreis.

6) Vgl. etwa BGHZ 55, 207; BGH NJW 1971, 609, 612; BGHZ 38, 270, 275; OLG Köln NJW 1965, 350 und VersR 1968, 246. Unklar, ob das objektiv fremde Geschäft oder die Geschäftsbesorgung gemeint ist, beispielsweise in RGZ 82, 206, 214. Siehe im übrigen auch die Ausführungen unten S 135 ff.

besorgung nach § 675 jedoch einen anderen Inhalt haben soll [1]. Soweit Aussagen über das Merkmal der Geschäftsbesorgung gemacht werden, müßte somit auch beachtet werden, ob hier nicht spezifische Elemente des entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages angesprochen werden.

Geht man einmal davon aus, die oben angeführten Formulierungen sollten (auch), und zwar generell, für die Geschäftsbesorgung bei der GoA gelten, dann könnte mit ihnen ein allgemeines objektives Element der Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn gefordert sein. Die Überprüfung anhand des subjektiv fremden Geschäfts zeigt jedoch wiederum, daß das nicht zutreffen kann. Ob jemand, der einen Gegenstand erwirbt, damit eine Tätigkeit übernimmt, die der Sorge eines anderen obliegt, hängt nicht von dem objektiven Geschehen, sondern allenfalls von der Willensrichtung des Handelnden ab. Er kann die Sache genauso für sich haben wollen, wie er sie beschaffen kann, damit ein Dritter das langgesuchte fehlende Stück einer Sammlung erhält. Sein Verhalten schafft allein keine objektive Beziehung zwischen ihm und den Angelegenheiten des anderen. Genauso wenig kann davon gesprochen werden, diesem werde eine ihm zukommende Tätigkeit abgenommen. Der Erwerb einer Sache kommt, abgesehen vielleicht von hier nicht interessierenden Sonderfällen [2], niemandem zu. Schließlich greift der Handelnde auch nicht in fremde Angelegenheiten ein. Versteht man den Begriff der Angelegenheit derart, daß eine objektive Beziehung zwischen dem Geschäftsherrn und der Sache bestehen muß, so fehlt diese Voraussetzung gerade beim subjektiv fremden Geschäft. Läßt man die subjektive Beziehung des Geschäftsherrn zur Sache genügen, seinen Willen, seine Neigung oder sein Interesse, sie zu besitzen, dann kann auch der Vorgang des Erwerbs durch den Geschäftsführer keine objektive Beziehung zum Geschäftsherrn herstellen.

Aus ähnlichen Erwägungen, wie sie unter III angestellt wurden, kann daher aus den angeführten Formulierungen kein allgemeines objektives Element für die Beziehungen des Geschäftsführers zum Geschäftsherrn bei der GoA entnommen werden. Es ist allerdings denkbar, daß sich in allen bisher genannten Formeln ein nur oder auch für das subjektiv fremde Geschäft geltendes subjektives Merk-

---

1) Vgl. statt aller Larenz, II, § 56 V (S 265) und die Nachweise bei Isele, AuR 1964, 163 ff. Die Feststellung Iseles, die Rechtsprechung habe stets jedes Handeln als Geschäftsbesorgung iSd § 675 zugelassen (aaO, S 166) ist durch die Entscheidung BGHZ 45, 223 überholt.

2) ZB Vorkaufsrecht.

mal finden läßt [1].
Darauf ist jedoch erst später einzugehen.

VI. Fremdwirkung des Handelns

Vereinzelt geblieben ist die Auffassung Lents, bei den objektiv wie bei den subjektiv fremden Geschäften müsse das Handeln des Geschäftsführers Fremdwirkung haben [2]. Für die objektiv fremden Geschäfte kann dies zunächst als richtig hingenommen werden. Die eigentlichen Zweifel betreffen die Gültigkeit eines solchen Merkmals beim subjektiv fremden Geschäft. Lent beschränkt hier seine These auf die rechtsgeschäftliche Wirkung [3]. Sie liegt seiner Ansicht nach darin, daß für den Geschäftsherrn ein Handeln des Geschäftsführers als Vertreter ohne Vertretungsmacht [4] genehmigungsfähige [5] Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäfte zur Folge hat. Eine solche Wirkung fehlt aber, wie er selbst einräumt [6], jedenfalls bei den obligatorischen Verträgen, welche der Geschäftsführer in eigenem Namen abschließt. Auch durch verdecktes "Geschäft wen es angeht" kann hier nicht die Fremdwirkung eintreten [7]. Bei den Geschäften wird ausnahms-

---

1) Vgl. Larenz, II, § 57 I a. Larenz meint, die Führung eines Geschäfts "für einen anderen" erfordere, daß es sich um eine Angelegenheit des anderen handele, "mag sie dazu auch erst durch die Willensrichtung des Handelnden werden (sog. 'subjektiv fremdes Geschäft'...)". Ähnlich Oertmann, (3./4. Auflage) 3 b vor § 677; Isele, S 162.

2) Lent, Geschäftsführung, S 59 ff; ähnlich wohl Endemann, § 178 1 a FN 5 (S 1119). Der Auffassung Lents folgt Suter (S 15 ff) für das schweizerische Recht.

3) AaO, S 70 ff.

4) Die GoA gibt nach ganz überwiegender Ansicht keine Verfügungs-, Verpflichtungs- bzw. Vertretungsmacht (vgl. etwa BGH LM Nr. 3 zu § 683 BGB, BGHZ 17, 181, 188; Berg, NJW 1972, 1117 ff mwN, sowie die Literaturnachweise bei Bertzel, AcP 158, 109 f). Im Gegensatz hierzu will Baur (JZ 1952, 328) wenn die GoA in der Veräußerung einer dem Geschäftsherrn gehörenden Sache besteht, eine Veräußerungs- oder Verpflichtungsermächtigung, Bertzel, AcP 158, 107 passim, 147 ff, 150 in den Fällen der §§ 679 und 680 Vertretungsmacht verleihen.

5) Eine Genehmigungspflicht ist nicht anzunehmen, vgl. BGH NJW 1951, 398.

6) AaO, S 75.

7) AA Niewiarra, S 14.

weise dem Vertreter gestattet, für den Vertretenen einen Vertrag zu schließen, ohne dem Vertragspartner sein Handeln als Vertreter zu offenbaren. Das Offenkundigkeitsprinzip kann aber nur dann verlassen werden, wenn der Vertragspartner kein Interesse an der Person seines Vertragsgegners hat, so etwa bei den Bargeschäften des täglichen Lebens [1]. Die Voraussetzungen des Geschäfts wen es angeht liegen hier nicht vor, denn der Handelnde hat keine Vertretungsmacht [2]. Es können nun aber nicht etwa die Folgen des § 177 eintreten. Da der Grundgedanke des Geschäfts wen es angeht, die fehlende Schutzbedürftigkeit des Erklärungsgegners, nicht erfüllt ist, der Vertragsschließende nicht einen anderen, sondern (zumindest zunächst) gar keinen Vertragspartner erhielte, muß es bei der Regel des § 164 bleiben. Rechtswirkungen treten nur gegenüber dem Geschäftsführer ein (vgl. auch § 164 II).

Ein Vertrag zugunsten des Geschäftsherrn nach den §§ 328 ff scheidet ebenfalls aus, soweit dem Vertragspartner des Geschäftsführers die Einbeziehung des Geschäftsherrn in das Vertragsverhältnis nicht erkennbar ist [3]. Selbst wenn der Vertrag erfüllt wird, etwa durch Übereignung des Kaufgegenstandes, bleibt dies ohne unmittelbare Rechtsfolgen für den Geschäftsherrn. Der Geschäftsführer kann das Eigentum nicht für ihn erwerben, da er das hierfür erforderliche Besitzkonstitut [4] nicht durch Selbstkontrahieren begründen kann; § 181 setzt ebenfalls Vertretungsmacht voraus.

Allein die Tatsache, daß somit Verpflichtungsgeschäfte, welche der Geschäftsführer in eigenem Namen abschließt, als Gegenstand einer GoA ausscheiden sollen, muß zur Ablehnung der Ansicht Lents führen [5]. Andernfalls würde das Vorliegen eines subjektiv fremden Geschäfts davon abhangen, ob der Geschäftsführer als Vertreter oder im eigenen Namen aufgetreten ist. Für eine solche Unterscheidung läßt sich jedoch aus der Regelung der §§ 677 ff nichts entnehmen.

Aus dem Bereich der GoA fielen auf der Grundlage der Auffassung Lents auch zum Teil solche Handlungen des Geschäftsführers, die bei einer vertraglichen Vereinbarung Gegenstand eines Auftrags-, Dienst- oder Werkvertrages wären. Hier könnte allenfalls im Einzelfall ein objektiv fremdes Geschäft vorliegen. Im übrigen aber verhinderte das Fehlen der rechtsgeschäftlichen Fremdwirkung die An-

---

1) Vgl. Larenz, AT, § 30 II b (S 479 f); Staudinger-Coing, 44 ff vor § 164; ausführlich Brandi, S 68 ff.

2) Vgl. Vorseite, insbesondere FN 4.

3) Auch hier offenbar aA Niewiarra, aaO.

4) Vgl. RGZ 140, 223, 229.

5) Ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, Boehmer, ZHR 67, 336 und, ihm folgend, Niewiarra, S 15 f.

nahme eines subjektiv fremden Geschäfts.

> Beispiel: A erfährt bei seinem Urlaub in X von einem Gebiet, in dem ungewöhnliche Pflanzen wachsen. Da er weiß, daß sein Bekannter, der Botaniker B, schon längere Zeit nach diesen sucht, fährt er mit dem eigenen Auto in jene Gegend und sammelt einige Pflanzen. Selbst wenn A ausschließlich handelte, um B die Pflanzen zu verschaffen, wird man hierin kein objektiv fremdes Geschäft sehen können. Nach Lent läge auch kein subjektiv fremdes Geschäft vor - anders, wenn A die Pflanzen im fremden Namen kaufte. Ansprüche aus Bereicherung, die A möglicherweise hätte, wenn keine GoA vorliegt, wären für ihn sehr viel ungünstiger. Sie hingen vom Eintritt des Leistungserfolges ab und umfaßten, bei ohnedies zweifelhafter Höhe, sicherlich nicht Schäden, welche A beim Sammeln erleidet. Bei der GoA dagegen stellen nach hM unter Umständen Schäden auch Aufwendungen iSd § 670 dar.

Da aber jedes Handeln, das Gegenstand eines Auftrags-, Dienst-, oder Werkvertrages sein kann, auch generell GoA sein können muß, ist die Auffassung Lents aus diesem Grunde ebenfalls abzulehnen.

VII. Das herrschende Fremdinteresse

Zuletzt soll noch auf die Ansicht Isays eingegangen werden. Für Isay ist das fremde Geschäft dadurch gekennzeichnet, daß sein beherrschendes (wirtschaftliches) Interesse ein fremdes ist [1]. Beim objektiv fremden Geschäft werde jenes Interesse von der Verkehrsauffassung, beim subjektiv fremden vom Willen des Geschäftsführers bestimmt [2]. Aus der Formulierung zum subjektiv fremden Geschäft läßt sich erkennen, daß die objektivierende Begriffsbildung ("beherrschendes Interesse") in Wahrheit auch einen subjektiven Tatbestand deckt. Nur wenn der Geschäftsführer im fremden Interesse handeln will, kann das neutrale Geschäft als vom fremden Interesse beherrscht bewertet werden. Welche Bedeutung der Bewertung dann noch zukommen soll, ist allerdings nicht ersichtlich. Als allgemeines objektives Merkmal muß das "beherrschende Interesse" jedenfalls ausscheiden.
Stellt man sich auf den Standpunkt Lents [3] in seiner Widerlegung Isays und

---

1) Isay, S 65.

2) AaO, S 66 ff. - Von Isays Grundgedanken geht auch Freese aus und gelangt zu einer ähnlichen Formulierung (S 13).

3) Geschäftsführung, S 59 ff.

nimmt man an, die Verkehrsanschauung müsse - wenn überhaupt - in allen Fällen das beherrschende Interesse bestimmen, so hat man dennoch kein objektives Merkmal gefunden. Zwar stünde jetzt die Beurteilungsinstanz fest. Die Voraussetzungen der Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn, die Beurteilungskriterien also, blieben weiter ungeklärt. Zu Recht konstatiert Lent, hier erfolge nur eine Verschiebung der Problematik [1].

VIII. Ergebnis

Es gibt, worauf schon der Wortlaut des § 677 hinweist, kein objektives Merkmal, das für alle Fälle der GoA die Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn herstellt. Diese Feststellung entspricht auch der herrschenden Auffassung in der Rechtsprechung und im Schrifttum. Allerdings wird sie dort so gut wie nie ausgesprochen. Verwirrend ist dabei insbesondere die fehlende Klarheit in der Abgrenzung der gebrauchten Begriffe "Geschäft", "Geschäftsbesorgung", "fremdes Geschäft", "objektiv fremdes Geschäft" und "Geschäftsführung für einen anderen". Am Beispiel der Rechtsprechung des BGH sollte dies demonstriert werden; die Literatur bietet jedoch kein anderes Bild [2]. Oft werden nur einzelne jener Begriffe definiert, ohne daß es zu einer Betrachtung ihrer Funktion im Tatbestand der GoA kommt [3]. Soweit auf das "fremde Geschäft" eingegangen wird, bleibt manchmal unklar, ob hiermit das objektiv fremde oder ein Oberbegriff zu diesem und dem subjektiv fremden Geschäft gemeint ist [4]. Bei Definitionen des fremden Geschäfts ist häufig schwer erkennbar, ob Aussagen wie "Wahrnehmung, Förderung fremden Interesses" u. ä. einen tatsächlichen Erfolg oder eine Absicht des Geschäftsführers beschreiben [5]. Vieles von dem hier Beanstandeten ist Folge der unzureichenden Regelung der GoA im BGB und des Versuchs der Gesetzesverfasser, mit der gemeinrechtlichen Vergangenheit zu brechen, insbesondere die Problematik des negotium alienum

---

1) AaO, S 64, ebenso, ihm folgend Niewiarra, S 11 f.

2) Vgl. die Ausführungen auf S 3 zu Larenz' Darstellung. Die Beispiele lassen sich beliebig vermehren. Genauer dagegen Esser II, § 98 und Helm, VersR 1968, 209.

3) Eine Ausnahme bildet hier insbesondere die ausgezeichnete und sehr klare Untersuchung Lents (Geschäftsführung), der jedoch zu einem von der hM abweichenden Ergebnis kommt.

4) Vgl. hierzu wieder die oben angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung.

5) Wie vorige FN; vgl. auch die Nachweise bei Lent, aaO, S 16 ff zur älteren Literatur.

zu lösen [1].

§ 5: NOTWENDIGKEIT EINES ALLGEMEINEN SUBJEKTIVEN MERKMALS

Da ein allgemeines positives und objektives Merkmal für die Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer nicht gefunden werden konnte, stellt sich die Frage, ob ein solches subjektives Merkmal besteht.

Das könnte der Wille des Geschäftsführers sein, zum Vorteil eines der Person nach bestimmten Geschäftsherrn zu handeln. Es entspricht nun durchaus herrschender Meinung [2], daß der Geschäftsführer beim objektiv fremden Geschäft in gleicher Weise wie beim subjektiv fremden bewußt und willentlich für einen anderen handeln muß. Damit scheint das gesuchte subjektive Moment auch schon gefunden zu sein. Dies anzunehmen, wäre jedoch voreilig. Die Forderung, der Geschäftsführer müsse den Willen haben, für einen anderen zu handeln, knüpft an den Wortlaut des § 677 an, wonach der Geschäftsführer das Geschäft "für einen anderen" zu besorgen hat. Mit jenem "für einen anderen" kann jedoch sowohl ein bestimmter anderer, als auch irgendein anderer gemeint sein. Das hieße, daß bei der zweiten Alternative die konkrete Person des Geschäftsherrn möglicherweise nicht durch Bewußtsein und Wille des Geschäftsführers bestimmt würde. Die notwendige Bestimmung des Geschäftsherrn könnte hier nur auf Grund objektiver Umstände erfolgen. Es ist denkbar, daß darin eine der materiellrechtlichen Funktionen des objektiv fremden Geschäfts liegt, wenn nicht sogar die einzige.

Die angestellten Überlegungen zeigen auch schon den Weg, der für die folgende Untersuchung zu beschreiten ist. Zunächst muß geklärt werden, ob bei jeder GoA ein Wille des Geschäftsführers erforderlich ist, für einen anderen, und sei es auch nur für irgendeinen anderen, zu handeln. Erst wenn das bejaht und der Wille inhaltlich genauer beschrieben werden kann, ist der Frage nachzugehen, wie der Geschäftsherr zu bestimmen ist. Sind auch hierfür stets die Vorstellungen des Geschäftsführers entscheidend, kann von einem einheitlichen subjektiven Element, das die Beziehungen herstellt, gesprochen werden. Andernfalls wird eine Trennung, und zwar wahrscheinlich zwischen subjektiv und objektiv fremden Geschäften, erforderlich sein. Dann muß auch die genaue Bestimmung des objektiv fremden Geschäfts erfolgen.

---

1) Genauer unten S 42, 75 ff.

2) Genauer unten (unter I.)

I. Der Wille, für einen anderen zu handeln

1. Die Erforderlichkeit des Willens für alle Fälle der GoA

Wie erwähnt, muß der Geschäftsführer der GoA nach hM den Willen haben, für einen anderen zu handeln [1]. Es wird jedoch auch vertreten, daß bei der Besorgung objektiv fremder Geschäfte das Bewußtsein der Fremdheit ausreiche [2].

a) Überblick über die gesetzliche Regelung und den Meinungsstand

Da § 677 verlangt, das Geschäft müsse "für einen anderen" "besorgt" werden, scheint schon der Wortlaut der Bestimmung für die herrschende Auffassung zu sprechen. Mit dem Ausdruck "für einen anderen" könnte der Wille des Geschäftsführers gefordert sein, etwas dem Geschäftsherrn Nützliches zu tun. Und zudem mag das Wort besorgen auf eine fürsorgliche Tätigkeit hindeuten [3], deren Voraussetzung ein entsprechender Wille wäre. Ein Blick auf § 687 erhärtet diese Vorstellung. § 687 geht sowohl in Absatz I als auch in Absatz II davon aus, daß der Geschäftsführer nicht für denjenigen handeln will, den das Geschäft angeht. Das Gesetz spricht dabei lediglich von der Besorgung eines - wie der Zusammenhang von Abs. I und II ergibt: objektiv - fremden Geschäfts. Die sprachliche Gegenüberstellung deutet somit ebenfalls auf das Erfordernis des angeführten Willens bei § 677 hin. Allerdings zeigt auch § 687 I, wie wenig Schlüsse aus der Verwendung des Wortes "besorgen" gerechtfertigt sind. Es besteht kein Anlaß, hier an fürsorgerische Maßnahmen für einen anderen zu denken.

Nun könnte es noch sein, daß § 677 mit der Wendung "für einen anderen" lediglich meint, es müsse das Geschäft eines anderen besorgt werden oder der Erfolg der Geschäftsbesorgung habe beim Geschäftsherrn einzutreten. Gegen ersteres

---

1) Ständige Rechtsprechung des RG (abgesehen wohl nur von RGZ 84, 390), vgl. RGZ 82, 206, 214; 143, 91, 95; 167, 55, 59; RG Recht 1944, 287 und des BGH, aus jüngerer Zeit etwa BGHZ 30, 162, 167; 31, 329, 332; 32, 331, 337; 40, 28, 31; 46, 319, 327; BGH BB 1969, 194; BGH NJW 1971, 609, 612. Vereinzelt geblieben ist die Entscheidung des II. Senats in LM Nr. 2 zu § 677 BGB, nach der das Bewußtsein ausreichen soll. Im Schrifttum siehe zB Palandt-Thomas, 2 b zu § 677; Staudinger-Nipperdey, 6 zu § 677; BGB-RGRK-Denecke, 2 zu § 677; Esser II, § 98 III 1, IV 1 a, b; Medicus, § 17 II. Nachweise zur älteren Literatur und Rechtsprechung bei Spies, S 9 FN 10.

2) Dazu unten S 31, 34.

3) So ausdrücklich Leonhard, S 421.

spricht bereits der Sprachgebrauch; die zuletzt erwähnte Annahme setzte die Folgen der GoA mit ihren Voraussetzungen gleich. Von noch größerer Bedeutung ist, daß die Fälle des § 677 von denen des § 687 abgegrenzt werden müssen. Der Unterschied kann nur in der Willensrichtung des Geschäftsführers liegen.

Dieser Ansicht ist auch eine Mindermeinung im Schrifttum, die wegen § 687 bei § 677 zwischen subjektiv und objektiv fremden Geschäften differenziert. Zu den ersteren nimmt sie denselben Standpunkt ein wie die hM. Für objektiv fremde Geschäfte dagegen verlangt sie lediglich, daß der Geschäftsführer bewußt ein fremdes Geschäft besorgt und ihm der Wille fehlt, es als eigenes zu behandeln [1].

Noch einen Schritt weiter geht Isay. Da er § 687 II als einen Fall der GoA ansieht, hält er beim objektiv fremden Geschäft schon das Bewußtsein der Fremdheit für ausreichend [2].

b) Die praktische Bedeutung des Meinungsstreits

Sieht man einmal von der Auffassung Isays ab, so könnte man meinen, der Unterschied zwischen der herrschenden Meinung und ihren Gegnern sei ohne Bedeutung. Das Fehlen des Willens, ein fremdes Geschäft als eigenes zu behandeln, könnte nur eine Negativumschreibung des Willens sein, ein fremdes Geschäft als fremdes, d.h. für einen anderen, zu führen [3]. Eine solche Annahme ist nicht ohne weiteres zutreffend. Sie verkennt, daß der Geschäftsführer, dem der Wille fehlt, ein Geschäft als eigenes zu behandeln, nicht nur die Möglich-

---

1) Siber, S 367; Soergel-Mühl, 3 zu § 677; Stoll, § 59 I 2 a; Isele, S 164 ff, RdA 1962, 55 und Anm. bei BAG AP Nr. 1 zu § 687, Bl. 4. Ähnlich Oertmann, 2 c vor § 677; Niewiarra, S 79; Brandi, S 96 ff, insbes. S 98. Brandi knüpft an die kritische Äußerung Essers (Schuldrecht, 2. Auflage, § 183, 3.) von der Übertreibung des Gesetzes in der Zuspitzung auf das Subjektive an (vgl. Brandi, S 97). Von der 3. Auflage des Schuldrechts an, ist diese skeptische Haltung Essers gegenüber der subjektiven Seite der GoA nicht mehr zu finden. - Weitere Nachweise der älteren Literatur bei Spies, S 8, FN 5, 6.

2) S 92 ff, insbesondere S 98 ff, 102 f; ähnlich Kress, BT, S 341. Nicht hierher gehört Isele, aaO, obwohl er ausdrücklich nur das Bewußtsein der Fremdheit verlangt; denn er sieht § 687 II nicht als einen Ausschnitt aus dem Bereich der GoA an (Isele, S 165); ebenso wohl die von der sonstigen Rechtsprechung abweichende Entscheidung des BGH in LM Nr. 2 zu § 677 BGB.

3) Dieser Ansicht ist etwa Neuffer, S 24.

keit hat, für den zu handeln, den das fremde Geschäft "angeht". Vielmehr sind noch zwei weitere Sachverhalte denkbar. Der Geschäftsführer kann bei der Übernahme überhaupt keinen Willen haben, für sich oder einen anderen tätig zu werden. Dies darf als eine jedenfalls sehr theoretische Konstellation außer Betracht bleiben [1]. Er kann aber das fremde Geschäft nur für einen anderen, als den, den es angeht, besorgen wollen, ohne daß ein Irrtumsfall (vgl. § 686) vorliegt.

> Beispiel: A veräußert als falsus procurator (oder als Beauftragter mit Vertretungsmacht) des B Waren, die B dem C gestohlen hat.

Erfolgt hier die Geschäftsführung - wie im Beispielsfall - nicht (auch) zum Nutzen desjenigen, den es angeht, wird man diesem in entsprechender Anwendung des § 687 II 1 Ansprüche wegen angemaßter Eigengeschäftsführung des Geschäftsführers geben [2], obwohl der Handelnde das Geschäft nicht als eigenes führt [3]. Die Annahme einer auftragslosen Geschäftsführung scheidet insoweit [4] aus, da der Geschäftsführer gerade nicht für den handelt, den es angeht [5]; der auf Grund der Rechtsentwicklung heute ohnedies nur noch beschränkt verwertbare Grundgedanke der GoA, die Nächstenhilfe zu fördern [6], braucht zur Begründung dieses Ergebnisses nicht herangezogen zu werden. Es zeigt sich somit, daß der Wille, nur für einen anderen, als den, den es angeht, zu handeln, GoA diesem gegenüber ausschließen kann.

Auf der Grundlage der hM wäre ein solches Ergebnis unproblematisch. Für die abweichende Ansicht ergäbe sich aber, daß die Rechtsfolgen des § 677 nicht eintreten sollen, obwohl seine Voraussetzungen gegeben sind.

---

1) Brandi, S 96, hält diesen Fall anscheinend für wesentlicher, als hier angenommen.

2) In diesem Sinne auch Lent, Geschäftsführung, S 159.

3) Führung des Geschäfts als eigenes und damit unmittelbare Anwendbarkeit des § 687 II nehmen Wohlfarth, LZ 1932, 448 ff und, ihm folgend, Staudinger-Nipperdey, 9 zu § 687, an.

4) Zur GoA gegenüber einem anderen als demjenigen, den es objektiv angeht, siehe unten S 54 ff.

5) Ebenso für einen vergleichbaren Fall RG JW 1903, Beilage 15, S 141 (Nr. 310). Das RG verneinte jedoch auch Ansprüche aus § 687 II, da der Geschäftsführer das Geschäft nicht als eigenes geführt habe. Es sah sich außerstande, die auch seiner Ansicht nach bestehende Lücke durch eine entsprechende Anwendung des § 687 II zu schließen.

6) Genauer S 52.

c) Eigene Stellungnahme

Die Klärung der Frage, welche Anforderungen an den Willen des Geschäftsführers zu stellen sind, ist notwendige Voraussetzung für die Erörterung der Vermutungswirkung des objektiv fremden Geschäfts. Es muß somit überlegt werden, ob insbesondere der systematische Zusammenhang des § 677 mit den folgenden Vorschriften, ein Abweichen vom Wortlaut des § 677 für objektiv fremde Geschäfte erfordert. Dort scheint jedenfalls hinreichend deutlich ausgedrückt, daß in jedem Fall der GoA willentlich für einen anderen gehandelt werden müsse.

aa) Dabei ist zunächst ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 677 und des § 687 zu werfen. Sie scheint sehr klar für die hM zu sprechen. In § 749 E I, der Vorbild des § 677 war, wurde bewußt die Formulierung "für einen anderen" und nicht "eines anderen" gewählt, da die Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften aufgegeben werden sollte [1]. Zudem sollte die Wortwahl ausdrücken, "daß der Geschäftsführer mit dem Bewußtsein und dem Willen gehandelt haben muß, das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen. Dieser Wille wird in der Regel sich schon durch das bewußte Eingreifen in fremde Angelegenheiten manifestiren" [2]. Auszuscheiden aus der GoA hätten Fälle, in denen "dieses Bewußtsein fehlt ebenso ... wie die Fälle, wo jemand das fremde Geschäft nicht für den Anderen, sondern rechtswidrig als eigenes behandelt .... Es genügt also ... nicht die bloße Tatsache, daß - objektiv - ein fremdes

---

1) Mot II, S 855.

2) Mot II, S 856 - Isay (S 103) meint, diese Stelle zeige, daß letztlich nicht der Wille, sondern das Bewußtsein Tatbestandsmerkmal sein solle, nur habe man geglaubt, vom Bewußtsein aus erst den Umweg über den aus ihm erschlossenen Willen machen zu müssen. Die Motive sprechen jedoch nur vom Regelfall. An anderer Stelle (Mot II, S 871) heißt es noch deutlicher, für die GoA genüge weder das bloße Bewußtsein, ein fremdes Geschäft zu besorgen, noch der sich hieraus ergebende innere Wille, solches zu tun. "Vielmehr muß der ernste Wille, ein fremdes Geschäft als fremdes zu besorgen, und eine, wenn auch nur aus den Umständen sich ergebende Offenbarung dieses Willens hinzutreten". Mit der in den Motiven geäußerten Ansicht wäre es nicht vereinbar, GoA anzunehmen, falls der Geschäftsführer unzweideutig zu erkennen gäbe, er wolle das ihm fremde Geschäft nur für sich vornehmen. Nach Isay müßten die Motive hier letzten Endes doch GoA annehmen wollen. Das ist unzutreffend, denn aus den Umständen ergibt sich keine Offenbarung des Fremdgeschäftsführungswillens.

Geschäft besorgt wurde" [1]. Entsprechende Ausführungen finden sich zu § 761 E I, der die irrtümliche und die angemaßte Eigengeschäftsführung (§ 687 BGB) betrifft [2].

Ungenauer wird das Bild, wenn man die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB betrachtet. Der Kommission lagen zu § 749 E I mehrere Anträge vor, von denen einer u.a. die Wörter "Wer für einen Anderen ... ein Geschäft besorgt" in "Wer die Geschäfte eines Anderen ... besorgt" geändert wissen wollte [3]. Die Kommission sah in den Anträgen also auch in der angeführten Textänderung, keine sachliche Abweichung vom Entwurf [4]. Sie führt dann aber aus, die Redaktionskommission solle prüfen, "ob durch die Worte 'für einen andern' aus den in den Mot II S 855 [5] angeführten Gründen die Unterscheidung zwischen der eigentlichen und der uneigentlichen (§ 761 [6]) negotiorum gestio zum Ausdrucke zu bringen, oder ob ... die Worte 'Geschäfte eines Anderen' zu wählen seien; die letztere Fassung war von einer Seite mit Rücksicht auf § 757 [7] als wünschenswert bezeichnet worden".

Nicht ganz verständlich ist an dieser Stelle die Verweisung auf Mot II, S 855 im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen "eigentlicher" und "uneigentlicher" GoA. Denn von dieser Unterscheidung ist dort keine Rede.

Verständnisschwierigkeiten bereitet auch die Stellungnahme der Kommission zu § 761 E I [8]. Nach dessen erstem Absatz sollten die Vorschriften der §§ 749-758 [9] keine Anwendung finden "... 2. wenn jemand ein fremdes Geschäft in rechtswidriger Absicht als eigenes behandelt hat". Die Kommission gab dieser Vorschrift, soweit hier interessierend, folgenden Wortlaut [10] "... Hat Jemand ein fremdes Geschäft mit dem Bewußtsein, nicht dazu berechtigt zu sein, als

---

1) Mot II, aaO.
2) Vgl. Mot II, S 871.
3) Prot II, S 726.
4) Prot II, aaO.
5) Vgl. Vorseite.
6) Des E I, die irrtümliche und angemaßte Eigengeschäftsführung betreffend, vgl. S 32.
7) Des E I; es handelt sich hier um die heute in § 686 enthaltene Regelung des Irrtums eines Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn.
8) Prot II, S 741 ff.
9) Regelung der GoA im E I.
10) § 618 E II. Diese Bestimmung wurde, über § 674 E III, mit geringen sprachlichen Abweichungen als § 687 BGB Gesetz.

sein eigenes behandelt, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ ... ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § ... verpflichtet" [1]. Zur Begründung heißt es, die Regelung des E I werde den Interessen des Geschäftsherrn nicht gerecht. Dieser müsse insbesondere die böswillige Absicht des Schuldners nachweisen. Dem Geschäftsherrn solle es gestattet sein, "den böswillig handelnden Geschäftsführer in allen Fällen, wo objektiv eine Führung fremder Geschäfte vorliege, als Geschäftsführer zu behandeln; der Geschäftsführer selbst solle seinerseits nur einen Anspruch auf die Bereicherung haben". Nach Ansicht der Kommission biete die Regelung den Vorteil, daß der Geschäftsherr die rechtswidrige Absicht des Schuldners nicht beweisen müsse und der beklagte Geschäftsführer nicht behaupten könne, er habe nicht redlich, sondern böswillig gehandelt [2].

Diese Begründung und die Regelung des § 687 II veranlaßten Isay [3], das bloße Bewußtsein, ein fremdes [4] Geschäft zu besorgen, für ausreichend zu halten, das Schuldverhältnis der GoA zu erzeugen. Er übersieht dabei, daß gerade § 687 II gegen eine solche Folgerung spricht. Die Bestimmung beschränkt den Geschäftsführer auf die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 687 II 2, 684, 1), gibt ihm also nicht den Anspruch aus (berechtigter) GoA auf Aufwendungsersatz. Zudem entsteht das Schuldverhältnis mit den durch § 687 II gewährten Ansprüchen erst, wenn der Geschäftsherr seine Wahl für diese Ansprüche getroffen hat [5]. Da die Rechtsfolgen im Fall des § 687 II andere sind, als bei der GoA, können beider Voraussetzungen auch nicht zusammengezogen und für das objektiv fremde Geschäft auf den kleinsten gemeinsamen Nenner, das Bewußtsein der Fremdheit gebracht werden. Die Folgerungen Isays aus der Kommissionsbegründung stehen daher nicht im Einklang mit der gesetzlichen Regelung.

Isay stützt seine Ansicht zwar zusätzlich darauf, das BGB halte in verschiedenen Bestimmungen das Bewußtsein des Geschäftsführers von der Fremdheit für ausreichend, Aufwendungsersatz nach den Regeln der GoA oder andere Ansprüche wie bei der GoA zu gewähren. Als Beispiele nennt er u.a. die Vorerbschaft (vgl. insbesondere §§ 2124 f) und die §§ 547 (II), 601 (II 1), 1978 (I 2). Da es dem Gesetzgeber freisteht, gleiche Rechtsfolgen bei ungleichen Sachverhalten von unterschiedlichen (subjektiven) Voraussetzungen abhängig zu machen, und auch die angeführten Verweisungen Rechtsfolgeverweisungen sind [6], ist Isays These

---

1) Vgl. die Regelung des § 687 II.
2) Zum Gesamten vgl. Prot II, S 742.
3) S 102.
4) Gemeint ist das objektiv fremde Geschäft.
5) Zutreffend Lent, S 117 f.
6) So zu Recht Medicus, § 17 I 3; Neuffer, S 24 f.

nicht beweiskräftig. In dem von ihm herangezogenen § 1978 besorgt der Erbe sogar kein fremdes, sondern ein eigenes Geschäft [1].

Eine andere Stelle der Protokolle vermag vielleicht besser Auskunft über die Einstellung der Kommission zu den Anforderungen an den Geschäftsführerwillen geben. Bei der Erörterung der irrtümlichen Eigengeschäftsführung (§ 761 I Nr. 1 E I) [2] heißt es [3], vielleicht lasse sich auch ohne gesetzliche Bestimmung aus allgemeinen Grundsätzen herleiten, daß jemand, der ein fremdes Geschäft irrig als eigenes besorge, keine GoA vornehme. Zweifel seien jedoch möglich, insbesondere wenn man § 749 E I [4] die Fassung gäbe: "Wer das Geschäft eines Anderen ... besorgt". Hier zeigt sich jedoch nur, daß die Kommission subjektive Voraussetzungen beim Geschäftsführer der GoA durch die Worte "für einen anderen" ausgedrückt sah. Ob damit ein bestimmter Wille gefordert wird, bleibt zweifelhaft.

Es ist daher festzuhalten, daß nach den Motiven eindeutig der Wille des Geschäftsführers, für einen anderen zu handeln, auch beim objektiv fremden Geschäft gefordert sein sollte. Die Zweite Kommission nimmt in den Protokollen zu dieser Frage keine Stellung. Jedenfalls kann aus den oben angeführten Darlegungen nicht entnommen werden, daß hier der Standpunkt der Motive verlassen werden sollte [5].

bb) Versucht man die Frage nach dem Willen aus dem Zusammenhang der in den §§ 677 ff enthaltenen Regelung zu erkennen, so lohnt vielleicht auch ein Blick auf § 680. Die Haftungsminderung für den Geschäftsführer knüpft an sein Handlungsmotiv, Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden Gefahr an. In den hier in Betracht kommenden Fällen wird es sich sehr häufig um objektiv fremde Geschäfte handeln. Setzte § 677 nur das Bewußtsein der Fremdheit und den fehlenden Willen, ein Eigengeschäft zu führen, voraus, müßte das in § 680 geforderte Motiv befremden, da es den Willen, für den Geschäftsherrn zu handeln, notwendig voraussetzt. Sollte dieser Wille aber nicht (stets) Tatbestandsmerkmal des § 677 sein, hätte es näher gelegen, nur auf die Kenntnis der Gefahr oder die Eignung der Handlung zur Gefahrenabwehr abzustellen. Geht § 677 dagegen von dem Willen des Geschäftsführers aus, für den Geschäftsherrn zu handeln, ist es konsequent, wenn das Gesetz eine zusätzliche Motivation durch Haftungserleichterung prämiert. Die Tatsache, daß eine Notsituation rasches Ein-

---

1) Medicus, § 17 I 3.
2) Als § 687 I Gesetz geworden.
3) Prot II, S 742.
4) Voraussetzung der GoA; vgl. S. 30.
5) So aber Isay, S 102.

greifen erforderlich macht und hierbei leicht ein Fehler unterlaufen kann, ist hier nicht von ausschlaggebender Bedeutung. § 680 zieht nicht lediglich aus dem Vorliegen der Gefahrenlage [1] Konsequenzen.

Sicher kann mit der hier versuchten Einordnung des § 680 in das System der GoA nicht zwingend die Richtigkeit der herrschenden Auffassung vom Willen des Geschäftsführers bewiesen werden. Bei dieser Frage soll vielmehr § 687 eine entscheidende Bedeutung haben, der, was weitgehend unstreitig ist, vom Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts ausgeht.

Aus § 687 I läßt sich entnehmen, daß GoA jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft für sein eigenes hält. § 677 muß also voraussetzen, wie ein Umkehrschluß ergibt, daß der Geschäftsführer nicht irrig meint, das fremde Geschäft sei ein eigenes. Er kann dann eigentlich nur von einem objektiv fremden oder neutralen Geschäft ausgehen, eine Erkenntnis, die nicht zu einer positiven Umgrenzung des § 677 verhilft.
Auch die Geschäftsanmaßung nach § 687 II ist, wie ausgeführt [2], kein Fall der GoA. Die §§ 677 ff können daher nicht zur Anwendung kommen, wenn der Geschäftsführer, der weiß, daß er ein fremdes Geschäft führt [3], dieses als eigenes besorgen will. Umgekehrt bedeutet das: § 677 kann bei einem objektiv fremden

---

1) Nach hM soll bereits die schuldlos irrige Annahme des Geschäftsführers, eine Gefahr liege vor, den Tatbestand des § 680 erfüllen (vgl. Staudinger-Nipperdey, 6 zu § 680 mwN). Für diese Auffassung spricht der Wortlaut der Bestimmung. Sie würde auch die Argumentation zum Geschäftsführerwillen im Sinne der hM bekräftigen. Angesichts der Stellungnahme der Motive (Mot II, S 858; vgl. dort insbesondere die Verweisung auf § 237, I, 13 ALR - zu ergänzen wäre § 234 - in FN 1), als Voraussetzung sei das Vorliegen einer dringenden Gefahr gesetzt, bestehen jedoch Bedenken gegen die bei § 680 vorgenommene grammatische Auslegung.

2) Vgl. S 31 f.

3) § 687 II spricht zwar vom Wissen fehlender Berechtigung. Gemeint ist hier aber nur, was auch unstreitig ist, das aus der Fremdheit folgende Fehlen einer Berechtigung. Dies ergibt sich aus der Gegenüberstellung mit Absatz I der Vorschrift und der Satzstellung ("... obwohl"). Wer zB ein Haus, für dessen Eigentümer er sich hält, unter Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen (fehlende Berechtigung) abreißt, um das Grundstück besser verkaufen zu können, kann also nicht nach § 687 II verpflichtet sein.

Geschäft nur vorliegen, wenn der Geschäftsführer, der die Fremdheit kennt, das Geschäft nicht als eigenes führen will. Ist hiermit auch das Fehlen jenes Willens als notwendige Voraussetzung der GoA erkannt, so besagt das noch nichts über sein Ausreichen. Mit anderen Worten: Das argumentum e contrario § 687 vermag die hM nicht zu widerlegen [1]. Ob der Wille des Geschäftsführers, für einen anderen zu handeln, bei § 677 erforderlich ist, kann nur nach dieser Regelung und dem Zusammenhang, in dem sie steht, entschieden werden. Wie gezeigt wurde, sprechen die Gesetzesmaterialien, der Wortlaut des § 677, sein systematischer Zusammenhang mit den folgenden Vorschriften und der Sinn der GoA [2] für diese Auffassung. Die Gegenmeinung ist daher abzulehnen.

cc) Abzulehnen ist auch eine Variante der Gegenmeinung, welche neben dem Bewußtsein der Fremdheit das Bewußtsein davon fordert, daß die Handlung wegen der Fremdheit des Geschäfts auch der Befriedigung fremder Interessen dient [3]. Kann die Handlung nur der Befriedigung fremder Interessen dienen [4], ist die Unterscheidung zum Willen gekünstelt. Ähnliches gilt auch für andere Fälle, wobei eine Systematisierung hier nicht erforderlich erscheint. Verkauft etwa A das reife Obst des verreisten B - nach hM ein objektiv fremdes Geschäft - so kann er nur dann das Bewußtsein haben, der Befriedigung der Interessen des Geschäftsherrn zu dienen, wenn er den Willen hat, für B zu handeln. Im übrigen gelten auch hier die oben für die hM angeführten Argumente.

2. Der Geschäftsführungswille [5] im einzelnen

Bisher war nur die Rede vom Willen des Geschäftsführers, für einen anderen zu handeln, wobei auch verschiedene Umschreibungen gebraucht wurden. Der allgemeine Begriff des willentlichen Handelns für einen anderen bedarf jedoch noch einer Konkretisierung. Auch das gilt insbesondere wegen der später anzustellenden Untersuchung zur Willensvermutung bei objektiv fremden Geschäften.

---

1) Lent, Geschäftsführung, S 116 ff, insbesondere S 124, zieht zu Unrecht aus § 687 II weitergehende Folgerungen und gelangt im wesentlichen zur Auffassung der hM. Im Ergebnis ist ihm zuzustimmen (vgl. Text).

2) Auch insoweit aA Brandi, S 97.

3) Oertmann, 2 c vor § 677, ihm folgend Larenz II, § 57 I a (S 272); ebenso Brandi, S 98.

4) Etwa Erretten eines Ertrinkenden.

5) Auch Fremdgeschäftswille oder Fremdgeschäftsführungswille genannt.

Eine negative Bestimmung des Geschäftsführungswillens kann allerdings bereits an dieser Stelle erfolgen. Da er, was heute wohl unstreitig ist, nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist [1], braucht er auch nicht auf die Begründung des Schuldverhältnisses GoA abzuzielen.

a) Der Inhalt des Geschäftsführungswillens

In seiner allgemeinen Form könnte der Wille, für einen anderen zu handeln, bedeuten, daß dem anderen nach dem Willen des Geschäftsführers die aus dem Handeln erwachsenden Vorteile zukommen sollen. Eine solche generalklauselartige Beschreibung legt es nahe, zu prüfen, ob die §§ 677 ff nicht eine Begrenzung fordern. Diese könnte etwa darin liegen, daß nur die Förderung bestimmter Vorteile als Voraussetzung der GoA in Betracht kommt.

aa) Die wenigen Vorschriften, die konkretere Fälle der GoA ansprechen, geben allerdings keine Hinweise. Einmal handelt es sich um § 679, der an die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Pflicht oder gesetzlichen Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer anknüpft. Da hier zugunsten des Geschäftsführers die Voraussetzungen des § 683 verringert werden, muß der Bereich der GoA also über die Erfüllung jener Verpflichtungen hinaus gehen. Gleiches gilt für § 680. Führt die Tätigkeit des Geschäftsführers mit dem Zweck der Gefahrenabwehr zu einer ihn begünstigenden Haftungsminderung gegenüber der allgemein bei der GoA geltenden Haftung, so kann es sich dabei nur um einen besonderen Ausschnitt aus dem zugelassenen Tätigkeitsbereich handeln.

Ein möglicher Hinweis auf die Begrenzung des Anwendungsgebiets der GoA über den Willen des Geschäftsführers ist bisher nicht erwähnt, namlich die in § 677 selbst enthaltene Verwendung des Wortes "Geschäft" durch das Gesetz. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter dem Führen oder Besorgen eines Geschäftes sicherlich vorrangig, wenn nicht ausschließlich, ein Verhalten mit wirtschaftlichem Bezug. Dies hat dazu geführt, daß in der älteren Literatur vereinzelt die Auffassung vertreten wird, Geschäftsführer einer GoA könne nur sein, wer in vermögensrechtlichen [2] oder wirtschaftlichen [3] Angelegenheiten des Geschäfts-

---

1) Statt aller Lent, S 122; Peter Klein, S 88 ff; Neuffer, S 25; vgl. auch Staudinger-Nipperdey, 5 zu § 677 und BGHZ 40, 28, 30.

2) ZB Isay, S 43 ff mwN; Kuhlenbeck JW 1909, 122; Isensee, S 8.

3) Dnistrjanskyj, IhJ 77, 66; Hellwig, S 517 (FN 42); Oertmann, 2 vor § 677 mwN, der allerdings für die ausscheidenden Fälle zu einer analogen Anwendung der §§ 677 ff kommt; ebenso BGB-RGRK-Denecke, 3 vor § 677.

herrn tätig wird [1].

Diese Eingrenzung ist mit der nun allgemeinen Rechtsprechung und Lehre abzulehnen [2]. Wie bereits § 680 zeigt, geht das Gesetz von keiner solchen Beschränkung aus. Dort ist bewußt von einer dem Geschäftsherrn und nicht lediglich von einer seinem Vermögen drohenden Gefahr die Rede. § 750 E I, auf dem die Bestimmung beruht, sprach noch ausdrücklich von einer Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsherrn. Die geltende Fassung wurde offenbar deshalb gewählt, damit auch Gefahren berücksichtigt werden könnten, welche für die Angehörigen des Geschäftsherrn bestehen [3]. Im übrigen erscheint die Hilfe bei Gefahren für Rechte und Rechtsgüter, die nicht dem Vermögen angehören, als ein so wesentliches Anwendungsgebiet für den Gedanken der GoA, daß der Ausschluß der §§ 677 ff hier nicht gerechtfertigt wäre [4].

bb) Bei dieser Ausgangssituation muß die Entscheidung BGHZ 56, 204 [5] Bedenken erwecken. Der Entscheidung lag folgender - hier gekürzter - Sachverhalt zugrunde:

> Der Kläger hatte dem Ostbüro der beklagten Partei (SPD) Anfang 1949 seine Mitarbeit bei Tätigkeiten in der damaligen Ostzone angeboten. Die Beklagte ging darauf ein, u.a. unter der Voraussetzung, daß der Kläger sich streng an ihre Aufgabenstellung halte. In der Folgezeit lieferte der Kläger Informationen, nahm an Aktionen der Beklagten teil und verteilte deren Flugblätter. Dabei wurde er verhaftet. Er erhielt zum Teil wegen dieser Aktivitäten eine hohe Freiheitsstrafe. Hierfür verlangte er von der Beklagten Entschädigung.

Der BGH befaßt sich im wesentlichen nur mit der Frage, ob zwischen den Parteien ein Auftragsvertrag oder ein Gefälligkeitsverhältnis bestand. Im praktischen Ergebnis gelangt er aber, was noch zu zeigen sein wird, zu einer weitgehenden Beschränkung des Auftrags auf wirtschaftliche Angelegenheiten. Für die GoA ist die Entscheidung deshalb von Bedeutung, weil bei ihr die Fragestellung dieselbe ist. Selbst wenn das Schuldverhältnis der GoA nicht auf einem rechtsgeschäftli-

---

1) Vgl. auch den Überblick bei Lenel, IherJb 44, 32 ff. Lenel vertrat später - in AcP 129, 8 - die Auffassung, daß durch die Geschäftsbesorgung ein Vermögensinteresse des Beauftragten (Geschäftsführers) oder des Auftraggebers (Geschäftsherrn) berührt sein müsse.

2) Vgl. die auf S 6 FN 3 genannten mwN.

3) Vgl. Prot II, S 728.

4) Hierzu genauer Neuffer, S 5 ff und Niewiarra, S 3 ff.

5) Vom 17. Mai 1971 - VII ZR 148/69 -.

chen Verhalten des Geschäftsführers beruhen muß [1], wird man ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis anzunehmen haben, sofern der Geschäftsführer den Willen hat, keine rechtliche Bindung einzugehen [2]. Schutzwürdige Belange des Geschäftsherrn, die dadurch verletzt werden könnten, sind nicht ersichtlich.

In dem angeführten Urteil betont der BGH zwar zunächst [3], die Annahme einer Geschäftsbesorgung [4] scheitere nicht daran, daß die Tätigkeit des Klägers nicht wirtschaftlicher Art gewesen sei. Er kommt jedoch sodann zur Ablehnung eines Auftragsvertrages, da ein Gefälligkeitsverhältnis vorgelegen habe [5]. Dabei geht der BGH von dem überwiegend anerkannten Satz aus, eine vertragliche Bindung liege "insbesondere dann nahe, wenn erkennbar ist, daß wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art für einen Leistungsempfänger auf dem Spiel stehen und dieser sich auf die Zusage verläßt" [6]. Diesen Satz kehrt er um und folgert: "Wenn dies dagegen nicht der Fall ist, wird nur unter besonderen Umständen ein rechtlicher Bindungswille anzunehmen sein" [7]. Solche Umstände werden anschließend verneint.

Die Zweifel an der (logischen) Richtigkeit des angewandten Umkehrschlusses können dahinstehen. Das gefundene Ergebnis jedenfalls muß auf Bedenken stoßen. Will der BGH den entscheidenden Punkt für die Abgrenzung zwischen Auftrag [8] und Gefälligkeitsverhältnis darin sehen, daß bei ersterem wirtschaftliche Interessen berührt werden, so führt er dieses als Tatbestandsmerkmal [9] abgelehnte Kriterium letztlich wieder ein. Soll jedoch das wirtschaftliche Interesse nur als eines unter verschiedenen Indizien in Betracht kommen, dann ist nicht mehr verständlich, wieso diese anderen Umstände eine Ausnahmestellung ("besondere Umstände") haben sollen.

---

1) Dazu unten S 59 f.

2) Ebenso Fikentscher, § 83 II 1 d.

3) AaO, S 207.

4) ISd § 662, was jedoch gleichermaßen für § 677 gilt, wie auch der BGH durch Verweisung auf Entscheidungen, die zu § 677 ergingen, zeigt. - Vgl. auch oben S 7 FN 1.

5) AaO, S 209 ff.

6) AaO, S 210; vgl. auch zB Erman-Hauß, 2 vor § 662; Larenz II, § 52 I; Esser II, § 82 I 2 a.

7) AaO, S 210.

8) Ebenso bei der GoA, vgl. Vorseite.

9) Gleiches gälte für die GoA. Denn ersichtlich will der BGH die Geschäftsbesorgung beim Auftrag nicht nunmehr anders bestimmen, als bei der GoA; vgl. auch die Vorseite.

Für die hier untersuchte Frage, ob nur vermögensbezogenes (wirtschaftliches) Verhalten Gegenstand der GoA sein kann, muß die Entscheidung des BGH jedenfalls abgelehnt werden, sofern sie das im Ergebnis bejaht. Denn sie bringt keine neuen Gesichtspunkte, die diese Auffassung stützen könnten.

cc) Da keine gesetzliche Bestimmung erkennbar ist, die Anlaß gäbe, die vom Geschäftsführer anstrebbaren Erfolge zu beschränken, kann es bei der oben angeführten allgemeinen Formulierung bleiben. Der Geschäftsführer muß also den Willen haben, zum Vorteil eines anderen tätig zu werden. Eine solche Beschreibung des Willens entspricht der wohl allgemeinen Meinung, die Definitionen wie "fremdnütziges Handeln" [1], "Handeln im Interesse eines anderen" [2], "Wahrnehmung fremder Interessen" [3] oder "fremdnützige Absicht" [4] aufstellt. In der Sache besteht zwischen den verschiedenen Umschreibungen kein Unterschied.

Das Handeln zum Vorteil, zum Nutzen oder im Interesse eines anderen kann in der Verschaffung oder Erhaltung von Rechten und Rechtsgütern bestehen. Ist deren Inhaber ein Dritter oder soll er es nach dem "Plan" des Geschäftsführers werden, schließt das allein noch nicht den Geschäftsführerwillen aus. Dieser muß dann aber auf die Förderung eines tatsächlichen oder rechtlichen Interesses des Geschäftsherrn gerichtet sein.

Danach scheiden Handlungen, die den Geschäftsherrn schädigen sollen, aus dem Anwendungsbereich der GoA aus [5]. Das bedeutet jedoch nicht, daß eine zerstörende Tätigkeit nicht unter § 677 fallen kann. Ist sie vom Willen des Geschäftsführers getragen, ein Interesse des Geschäftsherrn zu fördern, findet die Bestimmung Anwendung [6].

Es muß allerdings nochmals betont werden, daß es sich bei der Förderung fremder Interessen oder der fremdnützigen Tätigkeit stets um ein subjektives Merkmal handelt. Ob das Interesse beim Geschäftsherrn tatsächlich vorliegt, kann erst im Rahmen des § 683 Bedeutung erlangen. Ein Irrtum des Geschäftsführers

---

1) Larenz, II, § 56 I (S 255).

2) Brüggemann, DAR 1954, 151; Rabel, RhZ 1919/20, S 96; Isele AuR 1964, 167; Staudinger-Nipperdey, 5 zu § 677.

3) Esser II, § 82 I 1; vgl. auch § 98 I 1, IV 1.

4) Erman, 2 c vor § 677.

5) Vgl. auch Isele, S 165 mwN.

6) Unklar insoweit Isele, aaO. - Beispiel: Abreißen der einsturzgefährdeten Mauer (BGHZ 16, 12).

geht also hier stets zu seinen eigenen Lasten [1].

Letztlich ist noch zu fragen, ob das subjektive Moment nur dann gegeben ist, wenn der Geschäftsführer ausschließlich das fremde Interessen fördern will. Dies ist zu verneinen; die Mitverfolgung eigener Interessen schadet nicht [2]. Ein unentgeltliches hilfreiches Beistehen, wie es die GoA fördern will, wird ohne das Vorliegen eines Interesses des Geschäftsführers, und sei es nur das an gesellschaftlicher Anerkennung, kaum denkbar sein [3]. Aus diesem Grund bestimmte § 759 E I, die Anwendung der Vorschriften über die GoA werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer zur Geschäftsbesorgung durch ein eigenes Interesse oder das eines Dritten veranlaßt wurde. Diese Regelung kam nur deshalb nicht ins BGB, weil man annahm, bei jenen Interessen handle es sich ohnedies um rechtlich unbeachtliche Beweggründe [4].

Konsequenzen daraus, daß der Handelnde auch eigene Interessen fördern will, können daher sinnvoll nur bei der Bestimmung der Rechtsfolgen gezogen werden. So wird man die Höhe seines Aufwendungsersatzes gegen den Geschäftsherrn verringern [5]. Maßstab hat zu sein, wie stark das verfolgte Eigeninteresse gegenüber der gewollten Förderung fremder Interessen zu bewerten ist. Die dabei bestehende Schwierigkeit zu gewichten, muß in derselben Weise, wie bei der Frage des Mitverschuldens bei § 254 bewältigt werden [6]. Richtschnur dabei könnte zu-

---

1) Damit verringert sich auch der Unterschied zwischen der Auslegung des § 680 durch die hM und den Vorstellungen der Gesetzesverfasser (vgl. S 33 FN 1).

2) Allg. Ansicht, vgl. RG Recht 1908, Beilage, Nr. 1177; RGZ 82,206,215; 126,287,293; BGH LM Nr. 2 zu § 677; BGHZ 16,12,16; 30,162; 40,28,30; BGH NJW 1963, 2067; BGHZ 54,157,160; Siber, S 366; Larenz II, § 57 I a (S 269 f); Enneccerus-Lehmann, S 699; Soergel-Mühl, 4 zu § 677; Rabel, RhZ 10 (1919/20), S 96 f, vgl. auch Rabel (Bonfante), S 283 ff; Féaux - de - la - Croix, JW 1939, S 459; Neuffer, S 33 ff. Isele (S 38 ff, insbes. S 41 ff) entwickelt für die Geschäftsbesorgung eine kontinuierliche Reihe des Verhältnisses von Eigen- und Fremdinteresse. Auf Einzelheiten ist hier nicht einzugehen.

3) Vgl. auch Mot II, S 868 und die Ausführungen in BGHZ 16, 265, 266 zum Auftragsvertrag.

4) Prot II, S 741.

5) ZB BGHZ 16, 12, 16 f; Erman-Hauß, 2 c vor § 677, 3 zu § 683; ausführlich Isele, S 57 ff; Fikentscher, § 83 II 4; Neuffer, S 33 ff (S 34 mwN); Hagen, NJW 1966, 1893, 1896 ff.

6) Zur dogmatischen Begründung für die Verringerung des Aufwendungsersatzanspruchs vgl. Hagen, aaO.

nächst jedenfalls eine Bewertung der beteiligten objektiven Interessen sein.

b) Die Äußerung des Geschäftsführungswillens

Wie oben angedeutet [1], ist der Geschäftsführungswille nicht rechtsgeschäftlicher Art, so daß er unter diesem Aspekt keiner Erklärung bedarf. Dennoch entspricht es allgemeiner, insbesondere im Zusammenhang mit dem subjektiv fremden Geschäft ausgesprochener, Überzeugung, daß der Wille in irgendeiner Form in Erscheinung treten muß [2]. Hierfür kann es zwei Erklärungen geben. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, die Rechtsordnung dürfe - nicht nur mit Rücksicht auf Beweisfragen - an bloße innere Tatsachen keine Rechtsfolgen knüpfen. Zu dieser Auffassung neigte offenbar die Erste Kommission [3] und der BGH in BGHZ 40, 28, 30. Gegen sie scheint zu sprechen, daß die GoA auch ein Handeln des Geschäftsführers verlangt. Doch dieses äußere Geschehen ist beim Unterlassen kaum, beim neutralen Geschäft überhaupt nicht aussagekräftig.

Zumeist wird die Erkennbarkeit des Geschäftsführungswillens allerdings nur in Hinblick auf die Beweissituation im Prozeß verlangt [4]. Ob dahinter dieselben materiellen Überlegungen wie bei der oben angesprochenen Auffassung stehen, mag offen bleiben. Zum Teil werden jedenfalls ausdrücklich lediglich Beweisfragen als ausschlaggebend bezeichnet [5]. Diese Ansicht hat die zu billigende Folge, daß ein Anspruch aus GoA dann gegeben sein kann, wenn zwischen den Parteien im Prozeß das Vorliegen des Fremdgeschäftswillens unstreitig ist, obwohl dieser nach außen nicht in Erscheinung trat.

Der zweiten Auffassung ist der Vorzug zu geben. Es kann zugegeben werden, daß

---

1) S 35.

2) Vgl. etwa Mot II, 855; RG JW 1937, 1628; BGHZ 40, 28, 30; BVerfGE 18, 429, 437; BGB-RGRK-Denecke, 2 zu § 677; Staudinger-Nipperdey, 5 zu § 677 mwN; Erman-Hauß, 2 c vor § 677; Esser, II, § 98 IV 1 a; Larenz II, § 57 I a (S 272); Fikentscher, § 83 II 1 b; Wussow, Rdnr 933 (S 463); Enneccerus-Lehmann, § 165 III 2; Isele, S 161; Peter Klein, S 88; Spies, S 6; Neuffer, S 25 f mwN auf S 26 (FN 4); vgl. aber Lange, JZ 1963, 551.

3) Mot II, S 855.

4) Etwa Larenz, Fikentscher, Wussow, Enneccerus-Lehmann, sämtliche wie FN 2.

5) So etwa von Lent, S 136. Unklar Neuffer, S 25 f, der die Erkennbarkeit des Geschäftsführungswillens kurios begründet: Da der beweisbelastete klagende Geschäftsführer andernfalls im Prozeß unterliegen würde, müsse verlangt werden, daß der Wille in Erscheinung getreten sei.

das Gesetz wegen eines Willens allein regelmäßig noch keine Rechtswirkungen eintreten läßt. Wesentliche Ursache hierfür sind die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, aber auch das fehlende Erfordernis, andere vor Beeinträchtigungen zu bewahren [1]. Insbesondere die falsa demonstratio zeigt jedoch, daß der bloße Wille sich ausnahmsweise durchsetzen und Rechtsfolgen begründen kann. Das geschieht, weil schutzwürdige Interessen anderer nicht verletzt werden. Entsprechendes muß für den Geschäftsführungswillen gelten. Hier ist bereits zweifelhaft, ob wirklich von einem bloßen Willen gesprochen werden kann. Tatsächlich bedarf auch dieser Wille insoweit einer Betätigung, als die GoA in jedem Fall eine Handlung voraussetzt. Nur gibt der Wille die Richtung an, für wen die Handlung erfolgen soll. Ausschlaggebend ist jedoch, daß durch die möglicherweise mangelnde Betätigung des Willens Interessen des Geschäftsherrn nicht verletzt werden. Gegen eine GoA wider seinen Willen ist er durch § 683 hinreichend geschützt; seine Situation im Prozeß verändert sich nicht, gleichviel, ob man aus materiellen Gründen verlangt oder nicht verlangt, der Wille müsse nach außen in Erscheinung getreten sein.

II. Die Bestimmung des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer

Der Wille, allgemein für irgendeinen anderen zu handeln, stellt auch nach der Vorstellung des Geschäftsführers keine Beziehung zum Geschäftsherrn her [2]. Das wäre vielmehr erst dann der Fall, wenn der Geschäftsführer für einen bestimmten anderen tätig werden wollte. Die entscheidende Frage ist daher, ob die Person des Geschäftsherrn in allen Fällen der GoA durch den Willen des Geschäftsführers festgelegt wird. Nur wenn das der Fall ist, kann von einem generellen, subjektiven Element, das die Beziehung begründet, die Rede sein.

Ein erster Anhaltspunkt dafür, daß nicht nur die Vorstellung des Geschäftsführers darüber zu entscheiden vermag, wer Geschäftsherr ist, findet sich in § 686. Diese Vorschrift erweckt den Eindruck, die Person des Geschäftsherrn könne auch durch objektive Umstände bestimmt werden. Anders jedenfalls ist kaum zu erklären, wie die Vorstellung des Geschäftsführers von der Person des Geschäftsherrn unrichtig sein kann. § 686 wird daher auch verschiedentlich als Argument für die Notwendigkeit, zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften zu unterscheiden, herangezogen: Die Norm soll nur bei objektiv fremden Geschäf-

---

1) Der nie realisierte Wille, jemanden zu verletzen, kann keinen Schaden verursachen; auch der dolus subsequens ist unbeachtlich.

2) Siehe auch oben S 25 f.

ten anwendbar sein [1]. Ganz überzeugend ist diese Argumentation nicht, denn § 686 könnte möglicherweise auch nur einen Fall der falsa demonstratio oder der Personenverwechslung regeln und damit für subjektiv fremde Geschäfte ebenfalls gelten. Aus den Motiven ist über den Zweck der Bestimmung wenig zu entnehmen, abgesehen davon, daß sie offenbar nur klarstellende Funktion haben sollte [2]. Wenn es sich hier aber lediglich um eine Klarstellung handelt, muß die Frage, ob der Geschäftsherr sich aufgrund objektiver Umstände finden läßt, nach der Auffassung des Gesetzgebers an anderer Stelle schon grundsätzlich vorentschieden sein.

Das ist der Fall. Der Wortlaut des § 677, wonach das Geschäft für e i n e n anderen zu besorgen ist, soll nach dem Willen des Gesetzgebers darauf hinweisen, daß der Geschäftsführer sich nicht notwendigerweise eine Vorstellung über den Geschäftsherrn bilden muß 3). Die Erste Kommission sah es als ausreichend an, wenn der Geschäftsführer "das an sich fremde Geschäft ..., für denjenigen, welchen es angeht, besorgt" [4]. Sie ging also davon aus, es gebe Situationen, bei denen der Geschäftsherr aufgrund objektiver Bedingungen feststehe, wobei es sich augenscheinlich um objektiv fremde Geschäfte handelte. Damit wird erklärlich, warum § 686 im wesentlichen lediglich klarstellende Bedeutung haben könnte.

Auf der anderen Seite enthält die Begründung für die Fassung des § 677 zwei unvereinbar erscheinende Gedanken. Mit der Absicht, von der Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften abzugehen [5], kann nicht in Einklang gebracht werden, daß das objektiv fremde Geschäft bei der Bestimmung des Geschäftsherrn materiellrechtliche Bedeutung erhalten soll. Letzteres wäre aber die Konsequenz der Geschäftsführung für den, den es "an sich" angeht. Bei ihr ergäbe sich aus objektiven Umständen, wer Geschäftsherr ist, sofern nur der Geschäftsführer den allgemeinen Willen hat, fremdnützig zu handeln. Allerdings würde damit möglicherweise eine Bestimmung des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer nicht ausgeschlossen. Die angeführte Kommissionsbegründung zeigt, daß mit der Geschäftsbesorgung für denjenigen, den es angeht, eine Erleichterung für den Geschäftsführer geschaffen werden sollte. Danach müßte es ihm auch gestattet sein, zusätzlich oder ausschließlich andere Personen als Geschäftsherrn auszuwählen oder von den objektiv Betroffenen einen oder mehrere auszuscheiden. Die Bestimmung des § 686 stünde dem nicht entgegen, da sie nur Irr-

---

1) Vgl. etwa Isay, S. 52; Freund, S 15; Spies, S 4.
2) Mot II, S 865 f.
3) Mot II, S 856.
4) AaO.
5) Vgl. Mot II, S 855.

tumsfälle betrifft. Bei den subjektiv fremden Geschäften müßte im Gegensatz hierzu weiterhin stets ein zuordnender Wille des Geschäftsführers verlangt werden.

Für die folgende Untersuchung sind zwei Fragen zu unterscheiden. Die erste ist, ob der Geschäftsführer allgemein für denjenigen handeln kann, den es angeht und Geschäftsherr dann ist, wessen Geschäft objektiv besorgt wurde. Unabhängig davon muß geklärt werden, inwieweit der Geschäftsführer frei ist in der Bestimmung des Geschäftsherrn, wenn er ein objektiv fremdes Geschäft führt. Verkürzt formuliert handelt es sich hier also um die Erörterung der Fragen, ob das objektiv fremde Geschäft bei der Geschäftsherrnbestimmung eine (positive) Auswahlfunktion und eine (negative) Sperrfunktion hat.

1. Die Geschäftsführung für den, den es angeht

a) Überblick über die Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum

Zur Problematik der - hier so bezeichneten - Auswahlfunktion des objektiv fremden Geschäfts findet man nur wenige Stellungnahmen in Rechtsprechung [1] und Lehre.

aa) Der BGH nimmt zwar in einigen Entscheidungen nach der Bejahung eines objektiv fremden Geschäfts ohne weiteres an, der objektiv Betroffene sei Geschäftsherr [2]. Es gibt jedoch auch Hinweise darauf, daß das Gericht nicht stets als selbstverständlich davon ausgeht, das objektiv fremde Geschäft habe die materiellrechtliche Funktion, den Geschäftsherrn zu bestimmen. Diese Geschäftsart dient der Rechtsprechung in der Regel als Grundlage der Vermutung [3], daß der Geschäftsführer das Geschäft für einen anderen besorgen wollte. Manchmal wird aber von der Vermutung gesprochen, der Geschäftsführer habe für diesen - objektiv betroffenen - Geschäftsherrn handeln wollen [4]. Eine derartige

---

1) Angesprochen wird nur die Rechtsprechung des BGH, da sich aus den Entscheidungen der Untergerichte in diesem Punkt keine Erkenntnisse ergeben.

2) Vgl. etwa BGHZ 1, 57, 62; BGH NJW 1963, 1401; BGHZ 43, 188, 191 f; BGH LM Nr. 10 zu § 677 BGB; BGH VersR 1970, 620.

3) Hier im untechnischen Sinne gebraucht; vgl. genauer im 3. Teil der Arbeit.

4) Vgl. etwa BGH NJW 1971, 609, 612: Die Rückbeförderung des Beklagten war für die Fluggesellschaft ein objektiv fremdes Geschäft. "Damit wird ihr Wille, dieses Geschäft für den Beklagten wenigstens mitzubesorgen, vermutet".

Aussage wäre jedoch unzutreffend, wenn der Geschäftsherr bei der Geschäftsführung für den, den es angeht, durch objektive Umstände bestimmt würde. Für jene Vermutung wäre dann kein Raum [1].

Unter den Urteilen des BGH finden sich zudem auch solche, in denen das objektiv fremde Geschäft überhaupt nicht erörtert wird, obwohl über sein Vorliegen nach allen gebräuchlichen Definitionen kein Zweifel bestehen konnte. Besonders deutlich zeigt dies die Entscheidung des VI. Senats in VersR 1958, 168. Hier wurde die Annahme abgelehnt, die Rettung eines Jugendlichen vor einem Verkehrsunfall erfolge auch mit dem Willen, für die Eltern zu handeln [2]. Würde das objektiv fremde Geschäft zur Bestimmung des Geschäftsherrn verwandt, so müßte gefragt werden, ob die Rettung objektiv ein Geschäft der Eltern darstellte. Träfe das zu, so bedürfte der Wille des Geschäftsführers, gerade für die Eltern zu handeln, keiner Feststellung. Allenfalls könnte man erörtern, inwieweit (ausnahmsweise) Anzeichen für den Willen des Geschäftsführers vorlagen, gerade nicht für die Eltern tätig zu werden. - Andere Urteile begnügen sich ebenfalls mit der Untersuchung der subjektiven Seite [3]; z. T. wird aber auch daneben die Frage nach dem objektiv fremden Geschäft gestellt [4].

bb) Die Literatur bietet ein nur wenig deutlicheres Bild. Bei einigen Autoren findet man, mehr gelegentlich, die schon erwähnte Feststellung, § 686 erfordere eine Trennung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften [5]. Immerhin kann in der Tatsache, daß beim Handeln des Geschäftsführers für einen anderen, als den den es angeht, stets § 686 angewandt wird [6], ein Indiz für die Vorstellungen der Lehre gesehen werden. Es wird nämlich nie gesagt, daß sich der Geschäftsführer wirklich in einem Irrtum befunden haben muß, sondern lediglich festgestellt, wahrer Geschäftsherr sei der objektiv Betroffene. Das kann aber, sofern der Geschäftsführer nicht irrte, nicht in § 686 geregelt, sondern muß dieser Vorschrift vorgelagert sein. Wird aber der Geschäftsherr nach der objektiven Lage bestimmt, selbst wenn der Geschäftsführer etwas anderes will, dann muß das auch für den Geschäftsführer gelten, der sich keine Vorstellung macht.

---

1) Das ist wahrscheinlich auch die Grundlage der Entscheidung BGHZ 33, 251. Dort wird nach der Feststellung, es habe sich um ein Geschäft der Beklagten gehandelt, nur generell vom vorliegenden Geschäftführungswillen gesprochen (aaO, S 256).

2) Vgl. andererseits aber RGZ 167, 85, 88.

3) BGHZ 31, 329; BGH BB 1969, 194.

4) BGHZ 32, 331.

5) Siehe oben S 42 FN 1.

6) Vgl. die auf S 61 FN 1 Zitierten.

Seltener ist schon die Aussage, der Geschäftsführer könne auch für den handeln, den es objektiv angehe [1]. Soweit im übrigen Ausführungen zur Bedeutung des objektiv fremden Geschäfts gemacht werden, geschieht das ausschließlich mit dem Hinweis auf die Vermutungswirkung und auf § 687 [2]. Selbst die heute noch wichtige Schrift Lents "Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung" gibt über das Handeln für den, den es angeht, keine sonderlichen Aufschlüsse.

b) Bedenken gegen die Geschäftsführung für den, den es objektiv angeht

aa) Gegen eine GoA für den, den es angeht, besteht schon ein grundsätzliches Bedenken. Es folgt daraus, daß die Pflichten des Geschäftsführers, insbesondere auch die nach den §§ 677 und 681, auf die Person des Geschäftsherrn bezogen sind. Seinen Willen und sein Interesse hat der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung zu beachten (§ 677), ihm muß er, soweit tunlich, die Übernahme der Geschäftsführung anzeigen, und u. U. ist er verpflichtet, seine Entschließung abzuwarten (§ 681). Mit dieser Orientierung der Geschäftsführerpflichten an der Person des Geschäftsherrn ist eine objektive Bestimmung des Geschäftsherrn nur schwer vereinbar.

bb) Zweifel erweckt auch, daß jeder objektiv Betroffene Geschäftsherr sein soll. Wie zu zeigen ist, wäre hier eine erhebliche Einschränkung erforderlich. Der Begriff des objektiv fremden Geschäfts müßte dann entsprechend der Funktion dieses Geschäfts, den Geschäftsherrn zu bestimmen, definiert werden. Die gebräuchliche Umschreibung etwa, nach der ein Handeln im fremden Rechts- oder Interessenkreis verlangt wird [3], wäre in dieser Form nicht aufrecht zu erhalten.

Bevor auf diese These eingegangen wird, ist auf eine Eigenart hinzuweisen, die den objektiv fremden Geschäften offenbar anhaftet: Ihr Vorliegen hat meist zur Folge, daß mehrere Geschäftsherrn vorhanden sind. Fragt man nach objektiven Beziehungen von Menschen etwa zu einem Grundstück, so zeigt sich regelmäßig, daß nicht nur ein einzelner in Betracht kommt. Das hat seinen Grund in dem ausgebauten System dinglicher Rechte [4], das eine Vielzahl von "Beteiligungs-

---

1) Klar insoweit Laufs, NJW 1967, 2295, im Anschluß an Esser, Schuldrecht, 2. Auflage, S 762; Palandt-Thomas, 2 b zu § 677; wohl auch Staudinger-Nipperdey, 7 zu § 677; Soergel-Mühl, 3 zu § 677 und Ruhle, MDR 1965, 108.

2) Nachweise dazu S 73 FN 1.

3) Vgl. unten S 127 ff.

4) Hiermit soll nicht eine Gleichstellung von objektiv fremdem Geschäft und dinglicher Zuordnung angenommen werden.

formen" an der Sache gestattet. Liegt das Geschäft in der Sorge für einen anderen, so ist häufig auch ein weiterer Personenkreis rechtlich mitberührt (Familie). Zudem verursacht das Vorliegen eines fremdnützigen Verhaltens des Geschäftsführers in Rechtsprechung und Lehre anscheinend die Tendenz, nach zusätzlichen und kapitalkräftigen Schuldnern des Aufwendungsanspruchs zu suchen.

Wie erwähnt, knüpfen die Pflichten des Geschäftsführers nach den §§ 677 und 681 an die Person des konkreten Geschäftsherrn an. Es besteht nun die Schwierigkeit, daß der Geschäftsführer das Geschäft im Interesse und mit Rücksicht auf den Willen mehrerer, ihm unbekannter Geschäftsherrn besorgen muß. Ist der Kreis der objektiv Betroffenen wie eben angedeutet sehr weit, so vergrößert sich die Möglichkeit unterschiedlicher Interessen. Unklar ist, wie der Geschäftsführer sein Verhalten in Übereinstimmung mit den möglicherweise kollidierenden Interessen der ihm unbekannten Geschäftsherrn bringen soll.

Der BGH hat in einem anderen Zusammenhang denn auch als zusätzliches Argument gegen ein objektiv fremdes Geschäft angesehen, daß der Geschäftsführer die erwähnten Pflichten aus rechtlichen Gründen nicht erfüllen konnte bzw. wollte [1]. Das müßte eigentlich in gleicher Weise bei einem auf tatsächlichen Gründen (fehlendes Wissen, welche Personen Geschäftsherr sind) beruhenden Unvermögen des Geschäftsführers gelten.
Auf diesem Hintergrund gewinnt auch die Pflicht nach § 681 eine besondere Bedeutung für die Bestimmung des Kreises der möglichen Geschäftsherrn. Ist er weit zu fassen, so könnten mehrere Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer weisungsbefugt sein, während im Verhältnis der Geschäftsherrn zueinander nur einer dispositionsberechtigt ist. Nun ist der Begriff des objektiv fremden Geschäfts, wie jeder normative Begriff, wertausfüllungsbedürftig. Die Wertung muß seiner Funktion im Tatbestand der GoA Rechnung tragen und die angeführten Konflikte verhindern. Mit anderen Worten: Legt das Gesetz fest, wer Geschäftsherr sein soll, muß es Interessenkollissionen (bei § 677) und unberechtigte Eingriffe in fremde Rechte (über § 681) verhindern. Wird der Geschäftsführer tätig, um fremde Rechte, Rechtsgüter und rechtlich geschützte oder tatsächliche Interessen [2] zu erhalten, zu befriedigen bzw. zu vermehren, so hätte eine

---

1) BGHZ 54, 157, 161.

2) Der Ausschluß der tatsächlichen Interessen ist kaum möglich. § 683 läßt erkennen, daß Geschäftsherr auch sein kann, wer ein tatsächliches Interesse hat. Die weiteren Ausführungen im Text zeigen jedoch die geringe praktische Bedeutung dieser Interessen, da sie am Ende der Berechtigungsskala stehen und durch vorrangige Berechtigungen regelmäßig ausgeschlossen sein werden.

Einschränkung zu erfolgen. Geschäftsherr dürfte nur derjenige sein, der das bessere Recht hat.

In anderer Form ausgedrückt bedeutet dies, daß objektiv nicht Geschäftsherr sein kann, wem die Weisung nach § 681 durch Unterlassungsklage des Geschäftsherrn verboten werden könnte [1].
Im Ergebnis handelte es sich hier um ein Zuordnungsmerkmal. Die praktische Konsequenz der Einschränkung wäre etwa, daß bei einer Rettung aus Gefahr für Leib oder Leben entgegen der Rechtsprechung [2] nur der Gerettete Geschäftsherr wäre, nicht aber seine Ehefrau oder seine Kinder. Leistet der Geschäftsführer erste Hilfe für einen Verunglückten, so besorgte er kein Geschäft der gesetzlichen Krankenversicherung [3] oder des Arbeitgebers, selbst wenn die Hilfeleistung unter Arbeitskollegen und im Betrieb erfolgt [4]. Das Löschen des Waldbrandes ginge "an sich" nur den Eigentümer des Waldes, nicht den Schädiger an [5]. Solche Folgerungen werden jedoch nirgendwo gezogen; die Fragen der Interessenkollision und des Weisungsrechts bleiben unerörtert [6].

cc) Ein weiteres Bedenken gegen die Bestimmung des Geschäftsherrn durch das objektiv fremde Geschäft bei der Geschäftsführung für den, den es angeht, ergibt sich, wenn man nach dem subjektiv fremden Geschäft "wen es angeht" fragt. Beim subjektiv fremden Geschäft kann nur der Wille des Geschäftsführers den Geschäftsherrn bestimmen. Auf Grund seiner Definition durch die hM ist ausgeschlossen, daß es darüber hinaus [7] jemanden gibt, den dieses Geschäft "an sich" angeht, auf den die Handlung des Geschäftsführers Auswirkungen hat. Die

---

1) Wenn der Geschäftsführer jedoch gerade auch für denjenigen mit dem "schlechteren Recht" handeln wollte, ist dieser Geschäftsherr. Der Geschäftsführer übernimmt damit freiwillig das Risiko der Folgen eventueller Interessenkollisionen. Vgl. auch S 97 ff.

2) RGZ 167, 85, 88; OLG Tübingen MDR 1950, 160.

3) So aber BGHZ 33, 251, 256.

4) So aber BGHZ 55, 207.

5) Anders BGHZ 40, 28, 31 - Den weiteren Folgen, die sich aus dem fehlenden Anspruch des Geschäftsführers gegen den Schädiger ergäben, braucht und kann hier nicht nachgegangen werden.

6) Eine Ausnahme bildet hier allenfalls die Entscheidung des LG Hamburg MDR 1966, 234.

7) Handelt der Geschäftsführer als falsus procurator, so tritt zwar eine Wirkung ein, nämlich die der Genehmigungsfähigkeit des Rechtsgeschäfts. Das kann jedoch nur geschehen, wenn der Geschäftsherr bestimmt ist. Vgl. im übrigen S 21.

Wirkung der Entstehung des Schuldverhältnisses GoA muß außer Betracht bleiben; denn sie setzt die Person des Geschäftsherrn voraus. Eine Folge des Schuldverhältnisses ist allerdings, daß der Geschäftsführer das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herauszugeben hat (§§ 681 Satz 2, 667). Das wiederum kann auch andere Personen als den Geschäftsherrn "angehen", dann nämlich, wenn sie an dem Herausgegebenen teilhaben können. Der Unterschied zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften läßt sich also insoweit wie folgt beschreiben: Beim objektiv fremden Geschäft (wen es angeht) hat die Geschäftsführerhandlung selbst Wirkungen für und gegen eine oder mehrere Personen. Handelt es sich um ein subjektiv fremdes Geschäft, so tritt, abgesehen von der Entstehung des Schuldverhältnisses, regelmäßig [1] mit der Handlung keine unmittelbare Wirkung für den Geschäftsherrn ein; die Herausgabe des Erlangten kann aber zu Folgen für den Geschäftsherrn oder Dritte führen. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: A bindet die Schlagader des verunglückten, bewußtlosen B ab und bewahrt ihn vor dem Verbluten. Nach der Rechtsprechung läge in einem solchen Fall objektiv nicht nur ein Geschäft des B sondern auch seiner Ehefrau vor [2] - unabhängig davon, ob A wußte, daß B verheiratet ist -. Besorgt A dagegen für den B auftragslos ein lebensrettendes Medikament, so ist Geschäftsherr nur der B, es sei denn, A wollte gleichzeitig bewußt auch für die Ehefrau handeln. Das scheint auf den ersten Blick nur möglich, wenn er von deren Existenz weiß. Die Verschiedenheit der Ergebnisse will nicht einleuchten. Ob hier eine Möglichkeit der Gleichbehandlung besteht, wird noch zu erörtern sein.

dd) Überlegt man, auf welchen tatsächlichen Grundlagen die Feststellung, ein Geschäft gehe diesen Geschäftsherrn an, beruhen kann, so werden die bisher geäußerten Zweifel noch verstärkt. Unproblematisch ist die Situation insoweit dann, wenn der Geschäftsführer das angestrebte Ziel erreicht. Hier sind genügend Fakten für eine Aussage darüber vorhanden, ob das Handeln den Rechts-

---

1) Zur Ausnahme vgl. die vorige FN.

2) RGZ 167, 85, 88; OLG Tübingen MDR 1950, 160. Beide Entscheidungen begründen das objektiv fremde Geschäft des nicht verunglückten Ehegatten damit, die Rettung entspreche seinem Willen und seinem Interesse, was sich aus dem Wesen der Ehe ergäbe. Damit wird der Begriff des objektiv fremden Geschäfts zu Unrecht letztlich mit den Voraussetzungen des § 683 gleichgesetzt. Im Ergebnis aber mögen die Entscheidungen durchaus zutreffen.

und Interessenkreis [1] des Dritten berührt. Anders ist es jedoch, falls die GoA im Ergebnis mißlingt.

> Als Beispiel sei der Sachverhalt der Entscheidung BGHZ 55, 207 angeführt: Die Angestellte P der Stadtwerke X fiel in eine Baugrube im Betriebsgelände. Ihr Arbeitskollege W hörte ihren Hilferuf, lief zum Hauptgebäude, um Mittel zur Ersten Hilfe zu holen, stürzte auf dem Weg dorthin selbst und verletzte sich erheblich. Seine Rettungshandlung konnte er nicht mehr durchführen.

Nur der "Gesamtplan" des Geschäftsführers kann hier Aufschluß darüber geben, wen das Geschäft angehen sollte. Damit ist der Geschäftsführer auch häufig gezwungen, die Motivation seines Handelns darzulegen. Hierbei muß sich ergeben, für wen er tätig werden, wessen Interessen er wahrnehmen wollte.

Insgesamt zeigt sich, daß auch bei Annahme einer Geschäftsführung für den, den es objektiv angeht, die Person des Geschäftsherrn nicht stets ausschließlich auf Grund objektiver Umstände erkannt werden kann. Vielmehr geht bei der mißglückten Geschäftsbesorgung die Ermittlung der Absichten des Geschäftsführers voraus. Hierbei kann es bereits zu einer Eingrenzung des als Geschäftsherrn in Betracht kommenden Personenkreises kommen. Darüber hinaus erscheint nunmehr die Verschiedenbehandlung [2] von objektiv und subjektiv fremden Geschäften bei der Geschäftsbesorgung für denjenigen, den es angeht, noch weniger einleuchtend. Ob jemand von dem beabsichtigten Geschäftsführerhandeln objektiv betroffen oder durch die Herausgabe des Erlangten (mit-)begünstigt wäre, kann eigentlich nicht so wesentlich sein, daß es die Differenzierung rechtfertigte. Eine Rücksichtnahme auf die Billigkeit - die darin läge, daß mehrere Begünstigte Aufwendungsersatz schulden sollen und intern zur Ausgleichung nach den §§ 421 ff verpflichtet wären - ist in beiden Fällen gleich angebracht oder unangebracht.

ee) Die objektive Klärung der Frage, wen ein Geschäft "an sich" angeht, hat zudem nicht die praktische Bedeutung für die Bestimmung des Geschäftsherrn, wie sie die Erste Kommission wohl annahm [3]. Auch beim objektiv fremden Geschäft muß der Geschäftsführer den Geschäftsherrn feststellen, wenn er Ersatz

---

1) Hiermit ist, wie erwähnt, die gängigste Definition des objektiv fremden Geschäfts angesprochen. Die rechtlichen Schwierigkeiten, welche ihre weitere Ausfüllung und Anwendung bereiten, brauchen im vorliegenden Zusammenhang nicht behandelt zu werden.

2) Vgl. S 47.

3) Vgl. oben S 42.

seiner Aufwendungen verlangen will. Gerade dieser Anspruch ist regelmäßig Gegenstand der Prozesse, welche die GoA betreffen. Soweit ersichtlich, gibt es keine höchstrichterliche Entscheidung, bei der ein Geschäftsherr das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte nach den §§ 681 Satz 2, 677 von dem berechtigten auftragslosen Geschäftsführer einklagte [1].

c) Eigene Auffassung

Aus den bis hierher angestellten Überlegungen ist zu schließen, daß die Ermittlung des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung für denjenigen, den es angeht, nicht nach objektiven Kriterien erfolgen darf. Gering zu veranschlagen ist bereits das praktische Bedürfnis, dem Geschäftsführer die Bestimmung des Geschäftsherrn durch eine Feststellung auf Grund objektiver Merkmale abzunehmen. Gibt man dem objektiv fremden Geschäft eine solche materiellrechtliche Funktion, so führt man die vom Gesetzgeber eigentlich abgelehnte Unterscheidung zwischen diesem Geschäft und dem subjektiv fremden wieder ein. Das hätte auch zur Folge, daß demjenigen, der ein objektiv fremdes Geschäft führt, häufig mehr Personen Aufwendungsersatz schuldeten, als bei ähnlich gelagerten subjektiv fremden Geschäften. Dies gälte jedenfalls dann, wenn man das objektiv fremde Geschäft in der Weise definiert, wie das bis heute geschieht. Es zeigt sich aber, daß die Funktion der Geschäftsführung für den, den es angeht, eine starke Einschränkung des Begriffs der objektiven Fremdheit bedingen würde. Damit wäre auch die praktische Bedeutung der Geschäftsführung "für den eigentlich Betroffenen" kaum noch zu erkennen. Geschäftsherr wäre, wie ausgeführt, letztlich nur, wer das stärkste Recht hat. Es ist jedoch kaum anzunehmen, daß der Geschäftsführer nicht zumindest weiß, auf welches Recht oder auf welche tatsächlichen Verhältnisse sich sein Handeln in erster Linie bezieht. - Die Gleichsetzung der Geschäftsführung für den, den es angeht, mit dem Besorgen objektiv fremder Geschäfte würde die Feststellung, welche Vorstellungen sich der Geschäftsführer gemacht hat, nicht stets erübrigen. Mißlingt die Geschäftsbesorgung bereits in einem frühen Stadium, so kann nur die Darlegung des Geschäftsführerplans Aufschluß darüber geben, welche Geschäftsherrn objektiv bei einer geglückten Ausführung betroffen worden wären.
Es erscheint daher verfehlt, die Geschäftsbesorgung für denjenigen, den es angeht, als identisch mit der Besorgung eines objektiv fremden Geschäfts anzuse-

---

1) Bei der irrtümlichen oder der angemaßten Eigengeschäftsführung dagegen klagt der Geschäftsherr regelmäßig den Anspruch aus den §§ 677, 681 Satz 2 ein. Diese verschiedene Prozeßsituation überrascht nicht. Weigert sich der Geschäftsführer, das Erlangte herauszugeben, ist das Indiz für seinen Willen, das Geschäft als eigenes zu führen.

hen [1].

Insbesondere der geschilderte, in den Motiven zutage getretenen Widerspruch [2] wäre aufzuheben, wenn es entgegen der Auffassung der Kommission objektiv und subjektiv fremde Geschäfte "wen es angeht" gäbe. Dabei müssen in Konsequenz zu dem oben Ausgeführten die Kriterien, nach denen diese Geschäfte zu umgrenzen sind, für alle Fälle gleich und subjektiver Art sein. Hier kommt eigentlich nur in Betracht, daß der Geschäftsführer sich die tatsächlichen und rechtlichen [3] Eigenschaften jener Person vorzustellen hat, für die er handeln will. Die rechtliche oder tatsächliche Wirkung der Geschäftsführung muß als Eigenschaft in diesem Sinne ausscheiden. Andernfalls wäre wiederum eine Sonderstellung des objektiv fremden Geschäfts herbeigeführt, da beim subjektiv fremden Geschäft derartige Wirkungen regelmäßig nicht eintreten [4]. Derjenige, den das Geschäft auf Grund der Vorstellungen des Geschäftsführers angehen soll, muß also schon und allein mittels der vorgestellten Eigenschaften bestimmbar sein [5]. Die Rettung eines Menschen könnte zB für den Verunglückten und für denjenigen, dem er unterhaltsverpflichtet ist, erfolgen. Entsprechendes gilt für die auf S 48 angeführten Beispiele objektiv und subjektiv fremder Geschäfte.

Geschäftsbesorgung für denjenigen, den es angeht, wäre danach das Handeln für einen anderen, der lediglich nach objektiven Merkmalen, die der Geschäftsführer festlegt, bestimmbar ist. Das bedeutet jedoch letztlich nur, der Geschäftsführer brauche nicht für einen als Person vorgestellten Geschäftsherrn handeln, es genüge die Vorstellung von sachlichen Merkmalen. Der Begriff des Geschäfts desjenigen, den es an sich angeht, kann hierfür aber nicht verwendet werden. Allenfalls dürfte man von der Geschäftsbesorgung für denjenigen, den es nach dem Willen des Geschäftsführers auf Grund bestimmter Eigenschaften angehen soll, sprechen. Damit ist der Ausgangspunkt der Ersten Kommission insoweit verlassen. Im übrigen aber besteht kein Widerspruch zur Regelung des § 677. Es ist nicht zu erkennen, daß der Geschäftsführer hiernach nur für eine bestimmte, konkrete Person handeln kann, zumal schon eine Bestimmung des Geschäftsherrn dadurch geschehen können soll, daß diesen das Geschäft "an sich" angeht.

Die Folge dieser Auffassung ist, daß sich die materiellrechtliche Problematik

---

1) Kritisch äußert sich gegenüber der Geschäftsbesorgung für den, den es objektiv angeht, soweit ersichtlich nur Helm, VersR 1968, 319.

2) Vgl. S 42.

3) Wobei eine Wertung "in der Laiensphäre" genügen würde.

4) Genauer S 21.

5) Vgl. auch Lent, Geschäftsführung, S 138.

des objektiv fremden Geschäfts [1] von der Geschäftsherrnbestimmung inhaltlich auf die Prüfung des § 683 verlagert [2]. Dort scheint aber auch der richtige Ort für die Frage zu sein, ob jemand ein Geschäft objektiv angeht. Wenn der Geschäftsführer die Person des Geschäftsherrn festlegen kann, dann darf die Bestimmung des Geschäftsherrn materiellrechtlich nicht so bedeutungsvoll sein. Der Schutz des Geschäftsherrn davor, daß jemand unerwünscht in seine Angelegenheiten eingreift, ist durch die Vorschrift des § 683 gewährleistet.

Verlangt man nur eine Bestimmung des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer nach sachlichen Merkmalen, ist auch das Bedürfnis, dem Geschäftsführer zu helfen, der den konkreten Geschäftsherrn nicht kennt, hinreichend befriedigt. Dem Gedanken der förderungswürdigen Menschenhilfe, der seit Kohlers 1887 erschienener Abhandlung [3] zumindest als ein wesentliches Prinzip der GoA [4] angesehen wird, ist damit ebenfalls Rechnung getragen. Auf der anderen Seite wird dem Geschäftsführer die Erfüllung der Pflicht aus § 677 erleichtert, da er sich zumindest an den Interessen orientieren kann, die typischerweise bei einem Geschäftsherrn mit den vorgestellten Eigenschaften bestehen. Interessenkollisionen der Geschäftsherrn gehen zu Lasten des Handelnden, wenn er Geschäftsherrngruppen mit (typischerweise) verschiedenen Interessen ausgewählt hat. Das erscheint nicht unbillig, da der Geschäftsführer sich frei entscheiden kann. Im übrigen wird häufig schon die Übernahme der Geschäftsbesorgung nicht im Willen und im Interesse desjenigen liegen, dessen Bedürfnisse denen jenes Geschäftsherrn widersprechen, nach dem der Geschäftsführer sein geplantes Verhalten orientiert. Holt der Geschäftsführer seine Weisungen nach § 681 bei einem weniger berechtigten Geschäftsherrn ein, so macht er sich gemäß den §§ 677, 276 regelmäßig schadensersatzpflichtig, wenn dem besser Berechtigten ein Schaden entsteht. Auch dieses Ergebnis ist interessengemäß. Entsprechendes gilt, wenn der Geschäftsführer den Weisungen des besser Berechtigten nachkommt; dem nachrangigen Geschäftsherrn wird hier allerdings häufig kein Schaden entstehen

---

1) Sieht man von Beweisfragen ab.

2) Erwartungsgemäß führt auch die Annahme eines objektiv fremden Geschäfts des Geschäftsherrn der GoA in der höchstrichterlichen Rechtsprechung stets zur Bejahung des § 683, es sei denn die Anwendung der Norm scheitere an anderen, nicht in ihr enthaltenen Voraussetzungen. Eine Ausnahme gilt hier nur für die Entscheidung BGHZ 27, 317 (vgl. auch unten S 148).

3) "Die Menschenhülfe im Privatrecht", IherJb 25, 1 ff; vgl. insbesondere aaO, 43 ff.

4) Dazu, daß nicht in allen Fällen der GoA eine "Menschenhilfe" vorliegt, siehe Rother, GoA, insbesondere S 18 ff, 51 ff.

können.

> Beispiel: Jemand wird bei der Brandbekämpfung sowohl zugunsten des Schädigers, als auch zugunsten des Geschädigten tätig. Löscht nun der Helfer mit Rücksicht auf ein Affektionsinteresse des Eigentümers nach dessen Weisung zunächst die brennende Laube, dann erst das wertvolle Haus, dann muß der Verursacher des Brandes wegen der Differenz zwischen dem Schaden, der bei einem an seinem Interesse orientierten Vorgehen eingetreten wäre und dem tatsächlich eingetretenen Schaden keinen Ersatz leisten. Denn der Eigentümer hat seine Schadensminderungspflicht verletzt. Damit ist dem Schädiger auch kein Schaden durch die Pflichtverletzung des Helfers ihm gegenüber entstanden.

Für alle Fälle der GoA ist daher zu fordern, daß der Geschäftsführer den Geschäftsherrn bestimmt, wobei ausreichend ist, wenn er dies durch objektive Kriterien tut. Aus der objektiven Fremdheit eines Geschäfts dagegen kann materiellrechtlich keine Folgerung auf die Person des Geschäftsherrn gezogen werden, sofern der Geschäftsführer nur für den handeln wollte, den es angeht. In diesem - unwahrscheinlichen - Fall kommt vielmehr das Schuldverhältnis GoA nicht zustande [1].

Nicht einzusehen ist, daß das Erfordernis einer Bestimmung des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer in vielen Fällen zu Zufallsergebnissen führen soll [2]. Wie ausgeführt, muß der Geschäftsführer den Geschäftsherrn nicht kennen; vielmehr reicht aus, daß er sich - auch nur laienhaft - Merkmale vorstellt, welche diesen bestimmbar machen.

Im übrigen ist es bis heute nicht gelungen, eindeutige Kriterien für das objektiv fremde Geschäft zu entwickeln [3]. Das gilt auch für das von Laufs als "klares Merkmal" für die Bestimmung des Geschäftsherrn herangezogene objektive Interesse. Abgesehen von den dogmatischen Bedenken, die gegen dieses Kriterium bestehen [4] und den Schwierigkeiten, den Inhalt des Begriffs zu klären, bringt die von Laufs eingeführte Trennung von beachtlichen unmittelbaren und unbeachtlichen mittelbaren Interessen [5] noch zusätzliche Probleme. Laufs versucht

---

1) Ob hier der objektiv Betroffene Ansprüche entsprechend § 687 II haben würde, kann wegen dieser geringen Wahrscheinlichkeit offenbleiben. Die Möglichkeit, daß der Geschäftsführer hier etwas durch die Geschäftsbesorgung erlangt, ist ebenfalls nicht sehr groß.

2) Laufs, NJW 1967, 2295.

3) Dazu S 123 ff.

4) Vgl. oben S 17.

5) AaO, S 2296.

zwar, sie mit Hilfe einer Typologie zu steuern. Die dort gebrachten Lösungen einzelner Fälle begründet er aber häufig nur mit Aussagen wie: sie seien "gerecht", "angemessen", etwas anderes sei "unbillig" oder "unangemessen", eine Bestimmung würde sonst "ausgehöhlt", die negotiorum gestio müsse vor "Denaturierung zur ausufernden Regreßformel" bewahrt werden und ähnlichem.

2. Die Führung eines objektiv fremden Geschäfts für einen anderen als den, den es angeht

Da die Fassung des § 677 wie ausgeführt [1] lediglich dem Geschäftsführer die Möglichkeit geben sollte, ein an sich fremdes Geschäft für den zu besorgen, den es angeht, kann aus dieser Vorschrift keine Sperrwirkung des objektiv fremden Geschäfts bei der Bestimmung des Geschäftsherrn hergeleitet werden. Bei der subjektivierenden Auffassung, die in dieser Arbeit für die Frage der Geschäftsherrnbestimmung eingenommen wurde, müßte die Führung eines objektiv fremden Geschäfts für einen anderen als den, den es angeht, ohne weiteres rechtlich zulässig sein. Allerdings wäre dies insoweit einzuschränken, als die Rechtsordnung in solchen Fällen wegen § 138 einer GoA möglicherweise die rechtliche Anerkennung versagte. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

a) Der Standpunkt von Rechtsprechung und Lehre

Zu der Frage, ob ein mit den objektiven Gegebenheiten nicht übereinstimmender Geschäftsführungswille unbeachtlich sei [2], fehlen ausdrückliche Stellungnahmen fast völlig.

aa) Die wahrscheinlich erste Entscheidung, in der sich die höchstrichterliche Rechtsprechung mit dieser Frage konfrontiert sah, stammt aus dem Jahre 1907 [3]. Der Kläger des dort entschiedenen Rechtsstreits war aufgrund eines Vertrages mit der Freien Hansestadt Bremen verpflichtet, zur Speisung der Spritzen bei Bränden Wasser zu liefern. Als es bei der Beklagten brannte, lieferte der Kläger für die Feuerwehr Wasser an die Brandstelle. Er vertrat im Prozeß die Ansicht, hierzu aufgrund des Vertrages nicht verpflichtet gewesen zu sein und verlangte Erstattung der Kosten. Das RG ließ den Umfang der vertraglichen Verpflichtung offen[4].

1) S 42.

2) Zumindest die Tendenz zu ihrer Bejahung ist festzustellen etwa bei Larenz, Vertrag und Unrecht, S 127; ihm folgend Weimar, DRiZ 1956, 129 (anders aber in MDR 1964, 821).

3) RG Gruchot 52, 997.

4) AaO, S 1000.

Es nahm an, selbst wenn der Kläger nicht geglaubt habe, wegen des Vertrages zu leisten, und wenn er mit der Absicht gehandelt habe, von dem Beklagten Vergütung zu verlangen [1], liege keine GoA gegenüber dem Beklagten vor. Der Wille des Klägers und die Tatsache, daß die Leistung auch dem Interesse des Beklagten diente, reichten nicht aus, die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 677, 683 zu erfüllen. Wirklicher Geschäftsherr sei vielmehr der Staat Bremen [2].

Das RG nahm also im Ergebnis nicht an, objektiv und subjektiv fremdes Geschäft seien alternative oder kumulative Tatbestandsmerkmale, sondern ging von einer Priorität des objektiv fremden Geschäfts aus. Die Anwendung des § 686 kann als Begründung hierfür nicht überzeugen.

Ein späteres Urteil des RG [3] löst die "Konkurrenzfrage" allerdings eher über die Beweislast. Der Kläger des Rechtsstreits hatte Verwendungen auf ein im Zwangsversteigerungsverfahren befindliches Schiff des X vorgenommen. Das RG verneinte Ansprüche aus GoA gegen den Beklagten, der das Schiff ersteigert hatte. Es habe sich zur Zeit, als der Kläger die Verwendung vornahm, nur um ein Geschäft des damaligen Schiffseigners gehandelt, nicht des späteren Erstehers. Abwegig sei es, wenn der Kläger diesen als denjenigen bezeichne, für den er die Geschäfte besorgt habe [4].

Die Haltung des BGH soll an zwei neueren Urteilen, die als typisch gelten können, aufgezeigt werden.

Im ersten hatte der IV. Senat des BGH über den Anspruch der klagenden Gemeinde aus GoA gegen die beklagte Haftpflichtversicherung des Halters eines verunglückten Öltankwagens zu entscheiden [5]. Da bei dem Unfall Öl ausgelaufen war, mußte die Klägerin verschiedene Maßnahmen vornehmen, um eine Verseuchung des Grundwassers zu verhindern. Der BGH meint, die Klägerin habe kein Geschäft der Beklagten geführt, obwohl jene dem Versicherungsnehmer

---

1) Das RG ging davon aus, daß der Kläger sich den Beklagten als Geschäftsherrn vorstellte. An der einschlägigen Stelle (S 1000) kommt dies zwar nicht zum Ausdruck, es ergibt sich jedoch aus einer Bemerkung am Ende des Urteils (S 1000 a.E.).

2) AaO, S 1000 f.

3) RGZ 97, 61.

4) AaO, S 66.

5) BGHZ 54, 157. - Ansprüche aus § 3 Nr. 1 des Pflichtversicherungsgesetzes vom 5. April 1965 (BGBl. I S 213) kamen schon deshalb nicht in Betracht, weil der Schadensfall sich vor Inkrafttreten des Gesetzes ereignet hatte (vgl. BGHZ 54, 160 und Anm. Hauß, LM Nr. 12 zu § 677 BGB).

Aufwendungen zur Abwendung und Minderung des Schadens zu ersetzen habe (§§ 62, 63 VVG) und an solchen Maßnahmen interessiert sei. Die "mittelbare Beziehung" reiche jedoch nicht aus, in dem Handeln der Klägerin die Besorgung eines zum Rechtskreis der Beklagten gehörenden Geschäfts zu sehen. Wollte man etwas anderes annehmen, würden die Regeln über die GoA "unangemessen ausgeweitet". Weitere Argumente für seine Auffassung bezieht der BGH aus den Pflichten des Geschäftsherrn nach §§ 677, 681 und daraus, daß die Haftung des Geschäftsherrn nach GoA über die Bereicherungshaftung hinausgehe; denn es seien u.U. auch nutzlose Aufwendungen zu ersetzen. Der Fall liege auch anders als in BGHZ 33, 251. Dort habe der Geschäftsführer mit seinem Handeln gegenüber dem Verletzten Aufgaben wahrgenommen, die rechtlich zum Aufgabenkreis der Krankenkasse gehörten [1].

Auf die Frage, ob die Klägerin den Willen gehabt habe, für die Versicherung zu handeln, geht das Gericht nicht ein [2]. Es prüft lediglich, ob die Klägerin ein (offenbar objektiv fremdes) Geschäft der Beklagten geführt hat. Man kann daraus allein aber nicht schließen, daß der BGH hier von einem Vorrang des objektiv fremden Geschäfts ausgeht. Näher läge es anzunehmen, das Schweigen zum subjektiven Moment erkläre sich aus der für die Klägerin ungünstigen Beweissituation. Die Aussage jedoch, die Berücksichtigung mittelbarer Beziehungen führe zu einer unangemessenen Ausweitung des Anwendungsbereichs der GoA, läßt weitergehende Schlüsse zu. Dieser Satz ist nur verständlich, wenn beim Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts kein anderer als der objektiv Betroffene Geschäftsherr sein kann. Hätte dagegen das objektiv fremde Geschäft nur die Aufgabe, den Geschäftsherrn zu bestimmen, falls der Geschäftsführer lediglich für den handeln wollte, den es angeht, ist der Gedanke der Begrenzung der GoA in dem gebrauchten Zusammenhang nicht tragfähig. Da dann nämlich der Wille des Geschäftsführers in erster Linie den Geschäftsherrn bestimmte, könnte auch der "mittelbar" Betroffene Geschäftsherr sein.

Erforderlich waren die Erörterungen des BGH zum objektiv fremden Geschäft mE ohnedies nicht. Er hätte sich damit begnügen können, die Voraussetzungen des § 683 zu verneinen. Denn bereits die von ihm angeführten Argumente, insbesondere der Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs, sprechen gegen ein Interesse der Versicherung. Zwar wird die Versicherung an einer Schadensabwendung interessiert gewesen sein. Das allein reicht jedoch nicht aus, den mut-

---

1) Zum gesamten BGH aaO, S 160 f.

2) Vgl. dagegen das nur diesen Aspekt untersuchende Urteil des VI. Senats des BGH in VersR 1958, 168, 169. Dort war allerdings der Senat möglicherweise der Auffassung, der Beklagte sei unter objektiven Gesichtspunkten Geschäftsherr.

maßlichen Willen bzw das Interesse nach § 683 zu bejahen. Vielmehr muß auch unter Berücksichtigung des entstehenden Aufwendungsersatzanspruchs gefragt werden, ob die Versicherung ein Tätigwerden der Gemeinde für sie als Geschäftsbesorger gewollt hätte [1]. Das ist zu verneinen, zumal die Gemeinde aufgrund öffentlichen Rechts ohnedies tätig werden mußte [2].

Die zweite Entscheidung betraf die Hilfeleistung eines Betriebsangehörigen für seine verunglückte Arbeitskollegin [3]. Der Helfer war auf dem Weg gewesen, Verbandszeug zu holen, als er selbst einen Unfall erlitt. Ausschlaggebende Frage dieses Rechtsstreits war für das Gericht, ob der Helfer (auch) ein Geschäft der Berufsgenossenschaft, als Trägerin der gesetzlichen Unfallversicherung der Verunglückten geführt hat. Der BGH verneint das. Er sieht als entscheidend an, daß das Herbeiholen von Mitteln zur Ersten Hilfe, damit der Verletzte zum Arzt gebracht werden kann, nicht zum Aufgabenkreis der Berufsgenossenschaft gehöre. Zwar seien die Verpflichtungen der Unfallversicherung generell dieselben wie die der gesetzlichen Krankenversicherung [4], doch obliege die Erste Hilfe bei einem Arbeitsunfall auf dem Arbeitsgelände nach § 546 I RVO iVm § 721 RVO dem Betrieb [5].

Hier zeigt sich noch deutlicher als bei dem ersten Urteil, wie die materiellrechtlichen Voraussetzungen der GoA von Beweisfragen überlagert und verdrängt werden. Der BGH stellt die Frage nach dem Geschäftsführerwillen gar nicht, sondern prüft ausschließlich, ob ein objektiv fremdes Geschäft vorlag. Zu der Problematik des Auseinanderfallens von Wille und objektiver Lage kann das Urteil daher keine Erkenntnisse vermitteln, abgesehen davon vielleicht, daß eine solche Situation die Rechtsprechung aus Beweisgründen in aller Regel nicht zu dogmatischen Ausführungen gelangen ließe.

Trotz Vorliegens eines objektiv fremden Geschäfts hat der BGH soweit ersichtlich nur einmal, nämlich in BGHZ 27, 317 das Vorliegen eines Fremdgeschäftswillens verneint [6]. Ursache hierfür war offenbar, daß der Geschäftsführer auf-

---

1) Vgl. auch BGH LM Nr. 3 zu § 683 BGB.

2) Vgl. dazu auch unten S 152. - Auf die sehr zweifelhaften Kriterien der "mittelbaren Beziehung" und des "fremden Aufgabenbereichs" im Sinne einer Verpflichtung des Geschäftsherrn, die vorgenommene Handlung selbst (in Natur) zu erbringen, kann hier nicht eingegangen werden.

3) BGHZ 55, 207.

4) Für diese hatte der BGH in BGHZ 33, 251 bejaht, daß die Erste Hilfe zu ihrem Aufgabenkreis gehöre.

5) Zum Ganzen BGHZ 55, 207, 210 ff.

6) Die Entscheidung BGH VersR 1958, 168 kann wegen der ungeklärten Ausgangsposition nicht herangezogen werden (vgl. S 56 FN 2).

grund Vertrages mit einem Dritten zum Handeln verpflichtet war [1]. Die Frage, ob der BGH hier und generell bei einer Nichtigkeit des Vertrags GoA gegenüber dem möglicherweise nicht objektiv betroffenen Vertragsgegner annehmen würde, muß Spekulation bleiben. Eine dahingehende Entscheidung fehlt, wenn auch die Anwendung der §§ 677 ff bei Nichtigkeit eines Dienst-, Werk- oder Auftragsvertrages gesicherte Erkenntnis der Rechtsprechung ist [2].

Nach alledem kann die Rechtsprechung - abgesehen lediglich von einer Reichsgerichtsentscheidung - auf die hier gestellte Frage kaum eine Antwort geben. Ihre betonte Suche nach dem Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts ist durch die prozessuale Beweislage bestimmt.

bb) Im Schrifttum findet die angeschnittene Problematik eine eingehende Erörterung nur bei Isay. Er bejaht im Ergebnis die Möglichkeit einer von der objektiven Lage abweichenden subjektiven Bestimmung des Geschäfts, soweit dies nicht verkehrswidrig ist [3]. Weitere ausdrückliche Stellungnahmen in der Literatur sind nicht ersichtlich.

b) Eigene Auffassung

Auf der Grundlage der hier vertretenen Ansicht, das subjektive Moment stelle die Beziehung zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr her, muß gefragt werden, ob bei objektiv fremden Geschäften etwas anderes gilt, wenn der Geschäftsführer nicht den als Geschäftsherrn berechtigen und verpflichten will, den es angeht. Der Wortlaut des § 677 gibt hierfür keinen Anhalt. Gleiches gilt für die Ausführungen in den Motiven. Angesichts der Versuche, die Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften aufzugeben, kann das nicht überraschen. In Konsequenz zu dem Abstellen auf das subjektive Moment hatte der E I daher auch in § 760 bestimmt, daß die Besorgung eines (objektiv) fremden Geschäfts im Auftrag eines Dritten im Zweifel keine GoA sei [3].

Von den sonstigen Normen im Rahmen der §§ 677 - 686 könnte höchstens § 686 Hinweise geben. Da aber bei der gegenwärtigen Untersuchung davon ausgegan-

---

1) Zu anderen Entscheidungen im Zusammenhang mit dieser Problematik siehe unten S 90 ff.

2) Vgl. BGHZ 37, 258; 39, 87; BGH BB 1968, 147; Isay, S 72 ff, S 79; ihm folgend Isensee, S 34. Auf Einzelheiten soll nicht eingegangen werden, da Isay hier an seine oben bereits abgelehnte (vgl. S 23 ff) Definition des fremden Geschäfts anknüpft.

3) § 760 E I wurde wegen seiner nur geringen praktischen Bedeutung gestrichen; vgl. Prot II, S 741.

gen wird, der Geschäftsführer wisse, wen das Geschäft "eigentlich" angeht, kann § 686 hier nicht von Bedeutung sein. Das bewußte Handeln für einen anderen als den, den es angeht, ist kein Fall des (Tatsachen-)Irrtums.

Ein letzter Einwand gegen die Besorgung objektiv fremder Geschäfte für Dritte kann aus der allgemeinen Bestimmung des § 138 erwachsen [1]. Der BGH hat allerdings mehrfach die Voraussetzungen einer GoA in Fällen bejaht, in denen das Vertragsverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn nach § 138 nichtig war [2]. Möglicherweise geht er davon aus, diese Vorschrift könne bei dem gesetzlichen Schuldverhältnis der GoA nicht eingreifen. Richtiger erscheint jedoch, sie auch hier grundsätzlich für anwendbar zu halten, und zwar für direkt anwendbar, wenn die GoA ein Rechtsgeschäft [3], für entsprechend anwendbar, wenn diese eine geschäftsähnliche Handlung [4] ist. Jedoch läßt sich nicht generell sagen, das Besorgen objektiv fremder Geschäfte für Dritte sei sittenwidrig. Dann müßte nämlich der Zweck [5], den der Geschäftsführer mit seiner von den tatsächlichen Verhältnissen abweichenden Zuordnung verfolgt, zu mißbilligen sein. Soweit bei demjenigen, den es angeht, ein Schaden eintreten muß, mag das zu bejahen sein.

---

1) Systematisch gehörte diese Untersuchung nicht hierher, da § 138 nicht die Nichtigkeit des Willens, sondern des Rechtsgeschäfts bewirkt. Wegen des inhaltlichen Zusammenhangs wird jedoch die gebotene Reihenfolge der Prüfung verlassen.

2) BGHZ 39, 87; BGH BB 1968, 147; ebenso bei Nichtigkeit nach § 134 BGHZ 37, 258.

3) So Lent, Geschäftsführung, S 51 ff; Endemann, § 178 (FN 3); weitere Literaturangaben bei Röing-Nölke, S 53 (FN 177).

4) So die hM, vgl. etwa Staudinger-Nipperdey, 21 vor § 677 mwN; Esser II, § 98 III 1; umfangreiche Nachweise bei Röing-Nölke, S 63, 3 ff. Auch wenn die GoA, wie vereinzelt angenommen (Röing-Nölke, S 67; Esser, 2. Aufl, § 183, 5), nur Realakt sein sollte, ist eine entsprechende Anwendung des § 138 mE gerechtfertigt. Realakte sind tatsächliche Handlungen, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, ohne daß der Handelnde einen rechtsgeschäftlichen (bzw. geschäftsähnlichen) Willen haben müßte. Verstößt das Handeln gegen die guten Sitten, kann es nicht Aufgabe der Rechtsordnung sein, dem "Geschäftsführer" ein sein Verhalten prämierendes Rechtsinstitut wie die GoA zur Verfügung zu stellen.

5) Nur er kommt hier in Betracht.

Beispiel: A verkauft (in Kenntnis aller Umstände) aufgrund Auftragsvertrages mit B eine Uhr, die dieser dem C gestohlen hat. Die Nichtigkeit des Auftrages kann nicht zur Annahme einer wirksamen GoA führen.

Die GoA kann sich jedoch auch für ihn als notwendigerweise nützlich erweisen.

Beispiel: Der betrunkene A vereinbart telefonisch mit B, daß dieser das Hausdach der Witwe W decken solle. Hier ist der Werkvertrag nichtig (§ 105), so daß nach hM die §§ 677 ff Anwendung finden. Deckt B das Dach, so führt er ein objektiv der W zuzuordnendes Geschäft.

In solchen Fällen kann die von der tatsächlichen Lage abweichende Bestimmung des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer nicht zu einer Anwendung des § 138 führen [1]. Im Ergebnis bedeutet das für den hier erörterten Fragenkreis, daß aus § 138 nur im Einzelfall die Unanwendbarkeit der §§ 677 ff folgen kann [2].

Schließlich spricht auch der Sinn der GoA nicht gegen die Zulassung dieses Rechtsinstitutes bei der vorliegenden Sachgestaltung. Für die §§ 677 ff steht sicherlich das Einspringen in Notsituationen idealtypisch an der Spitze. Aber die ungefragte, doch erwünschte (Mit-)Hilfe bei der Verfolgung von selbstgesetzten Zielen, mögen diese ihrerseits wiederum fremde Angelegenheiten betreffen, kann noch als vom Sinn der GoA erfaßt angesehen werden. Die nicht mehr tolerierbaren Eingriffe in Rechte, Rechtsgüter oder geschützte Interessen Dritter werden ohnedies, wie ausgeführt, durch § 138 rechtlich ausgeschlossen. Eine teleologische Reduktion des § 677, die dessen Rahmen weiter verengte, ist daher nicht erforderlich.

3. Der Irrtum des Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn

Es bleibt letztlich noch zu klären, wie § 686 mit der hier vertretenen Meinung zu vereinbaren ist.

Bestimmen ausschließlich Vorstellung und Wille des Geschäftsführers den Geschäftsherrn, dann kann das objektiv fremde Geschäft im Zusammenhang mit

---

1) Im vorigen Beispielsfall hätte B im Interesse des A handeln wollen, so daß § 677 erfüllt wäre. Ob die Geschäftsführung dem Willen und Interesse des A entspräche und welchen Einfluß die Trunkenheit bei der Feststellung dieser beiden Merkmale hätte, wäre im Rahmen des § 683 zu untersuchen.

2) Im Ergebnis ebenso Isay, S 72 ff; Isensee, S 34.

Irrtumsfragen keine Rolle spielen [1]. Andernfalls würden falsche Vorstellungen des Geschäftsführers über den Geschäftsherrn dazu führen, daß jeder durch das Handeln objektiv Betroffene Geschäftsherr ist, überhaupt fehlende Vorstellungen dagegen zur Verneinung der GoA. Beide Fälle sind jedoch insoweit gleich zu behandeln. Somit bleiben nur die Möglichkeiten, entweder das objektiv fremde Geschäft in dieser Beziehung außer Betracht zu lassen oder aber seine (subsidiäre) Geltung für die Geschäftsherrnbestimmung zu bejahen. Letzteres wurde oben abgelehnt. Daher muß der in § 686 angesprochene Irrtum etwas anderes sein, als das Fehlen der Identität der vorgestellten Geschäftsherrn mit dem durch das Handeln objektiv betroffenen Personenkreis. Dabei ist nur denkbar, daß derjenige, den sich der Geschäftsführer konkret als Geschäftsherrn vorstellt, nicht die Eigenschaft hat, deretwegen ihn der Geschäftsführer zum Geschäftsherrn bestimmt.

Man könnte jetzt sagen, wirklicher Geschäftsherr im Sinne des § 686 sei, wer die Eigenschaft tatsächlich besitzt.

> Löscht A den Brand im Nachbarhaus und hält er X irrig für den Grundstückseigentümer, so wäre nach dieser Formulierung der wahre Eigentümer Y Geschäftsherr.

Diese Lösung ginge jedoch über zwei Schwierigkeiten hinweg. Einmal ist unklar, warum die vorgestellten Eigenschaften und nicht das vorgestellte Rechtssubjekt den wirklichen Geschäftsherrn bestimmt. Zum anderen setzt § 683 voraus, daß es Geschäftsherrn gibt, deren Wille und Interesse die Übernahme nicht entspricht. Dies kann seine Ursache in dem Fehlen einer Eigenschaft haben, von deren Vorliegen der Geschäftsführer ausging. Eine solche Möglichkeit wäre jedoch ausgeschlossen, könnte jemand erst dann Geschäftsherr sein, wenn er die Eigenschaft, die sich der Geschäftsführer vorstellt, tatsächlich besitzt. Offensichtlich gibt es aber doch den Geschäftsherrn ohne die vom Geschäftsführer erwarteten Merkmale - mögen andere Personen sie auch haben.

> Beispiel: A besorgt seinem Freund B, von dem er gehört hat, er sei an Grippe erkrankt, ein hochwirksames Hausmittel. B war nicht erkrankt oder ist wieder gesund.

Die angeführte Formel trifft daher nicht zu, wenn der Geschäftsführer im Irrtum ist über eine Eigenschaft des Geschäftsherrn und nicht über dessen Person. Die

---

1) AA die ganz hM, vgl. etwa Erman-Hauß, 1 zu § 686; Palandt-Thomas, 2 b zu § 677, 1 zu § 686; RGRK-Denecke, 2 vor § 677, 1 zu § 686; Staudinger-Nipperdey, 1 zu § 686; Esser II, § 98 IV 1 b; Endemann, § 178 1 b (S 1120 FN 7); Isay, S 52, 80 ff; Lent, S 138 ff; Neizert, S 31 ff, insbes. S 33; Isensee, S 34; Freund, S 15; Ruhle MDR 1965, 108.

Abgrenzung dieser beiden Fälle gegeneinander muß noch erfolgen. Bei der Klärung der aufgeworfenen Fragen ist von dem Grundsatz auszugehen, daß Vorstellung und Wille des Geschäftsführers den Geschäftsherrn bestimmen. Von dieser Grundlage her muß auch das Problem, ob Geschäftsherr der ist, bei dem der vorgestellte Umstand vorliegt oder ob es die vorgestellte Person ist, gelöst werden. Steht für das Handeln des Geschäftsführers nicht die Eigenschaft, sondern die Person im Vordergrund, so ist sie Geschäftsherr [1]. Da sie die erwarteten Eigenschaften nicht hat, erlag der Geschäftsführer einem Motivirrtum [2]. Waren dagegen die vorgestellten Umstände für den Geschäftsführer wesentlicher als die Person, an die er dachte, dann ist der auf Grund der Umstände Bestimmbare Geschaftsherr [3]. Zur Erläuterung ist hier anzufügen, daß diese Möglichkeit nicht nur bei objektiv, sondern auch bei subjektiv fremden Geschäften besteht [4].

> Beispiel für ein subjektiv fremdes Geschäft: C besorgt auftraglos ein Pflanzenschutzmittel für den von Blattläusen befallenen Rosenstock seines Nachbarn A. A hat das Grundstück - mit dem Strauch - an B übereignet.

Letztlich ist noch zu erörtern, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Geschäftsführer die Eigenschaft, welche Motiv seiner Geschäftsbesorgung ist, irrtümlich der falschen Person zuordnet und auf Grund der Eigenschaft allein eine Geschäftsherrnbestimmung nicht erfolgen kann.

> A kauft eine wertvolle Briefmarke für seinen Freund F, weil er glaubt, sie fehle ihm. In Wahrheit besitzt F die Marke jedoch seit langem. Es war B, ein Bekannter des A, gewesen, der A gegenüber das Fehlen der Marke in seiner Sammlung beklagt hatte. - Die Eigenschaft "Briefmarkensammler, dem die Marke X fehlt" gestattet hier keine eindeutige Bestimmung des Geschäftsherrn.

1) So im 2. Beispiel der vorigen Seite.

2) Man würde dem Geschäftsführer jedoch angesichts der mangelnden Schutzbedürftigkeit des Geschäftsherrn das Recht geben können, die Übernahme der Geschäftsbesorgung entsprechend § 119 anzufechten. Zur ähnlichen Problematik bei der Schenkung vgl. Brox, S 164.

3) So regelmäßig in Fällen wie dem ersten auf der Vorseite Genannten.

4) Vereinzelt erfolgt die hier vorgenommene Differenzierung in der Literatur bei der Anwendung des § 686 auf subjektiv fremde Geschäfte. Vgl. Oertmann, 1 zu § 686; Isensee, S 34; Neizert, S 33 - jeweils mit geringfügigen Abweichungen. Soweit im übrigen eine Anwendung der Vorschrift auf subjektiv fremde Geschäfte bejaht wird, bleibt die Frage nach der Bestimmung des wirklichen Geschäftsherrn unerörtert, so zB bei Palandt-Thomas, 1 zu § 686; BGB-RGRK-Denecke, 2 vor § 677.

Nach dem oben Gesagten wäre derjenige Geschäftsherr, an den der Geschäftsführer gedacht hat; der Geschäftsführer hätte allerdings ein Anfechtungsrecht [1]. Interessengerechter kann es aber sein, die Auslegung der Anfechtung vorgehen zu lassen. Das trifft für diesen Fall zu. Hätte der Geschäftsführer die ihm bekannten Fakten richtig gewertet, so würde er erkannt haben, daß ein anderer als der, an den er dachte, die vorgestellte Eigenschaft besitzt. Sofern nun anzunehmen ist, daß der Geschäftsführer diesen als Geschäftsherrn gewollt hätte, ist das im Wege der Richterauslegung als Inhalt des wirklichen Willens festzustellen [2]. Schutzwürdige Belange eines der Beteiligten werden hierdurch nicht verletzt.

Das hier angedeutete System der Irrtumsfälle beruht auf dem in den §§ 677 ff gefundenen Gedanken der Herrschaft des Geschäftsführerwillens. Die sich aus ihm ergebenden Folgerungen sind unabhängig von der Vorschrift des § 686 gezogen worden. Ein solches Verfahren war notwendig. Da § 686 von dem "wirklichen" Geschäftsherrn ausgeht, der Geschäftsherr aber nur auf Grund des Willens des Geschäftsführers bestimmt werden darf, muß die Norm leerlaufen [3]. Diese Konsequenz kann in Kauf genommen werden. Ihr steht die Möglichkeit der Gleichbehandlung von objektiv und subjektiv fremden Geschäften im Falle eines Irrtums gegenüber. Damit wird auch erreicht, daß das objektiv fremde Geschäft nicht über die Irrtumsregelung materiellrechtliche Bedeutung erlangt, obwohl die Unterscheidung zwischen den Geschäftsarten nach den Vorstellungen der Ersten Kommission entfallen sollte [4].

4. Zwischenergebnis

Zwischenergebnis der bisherigen Überlegungen ist, daß die Beziehungen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn durch ein subjektives Merkmal, den Willen des Geschäftsführers für einen anderen zu handeln, hergestellt werden.

Auch Lent räumt die Möglichkeit ein, für § 677 diesen Willen als ausschlaggebendes Merkmal der Fremdheit anzusehen [5]. Er kommt dennoch zur Ablehnung, da sonst in den anderen Geschäftsführungsfällen, insbesondere aber bei § 687, die Fremdheit anders bestimmt werden müßte. Ob Lents Versuch, einheitliche Voraussetzungen für alle Anwendungsgebiete der Geschäftsbesorgung zu finden,

---

1) Vgl. S 62 FN 2.
2) Vgl. Brox, S 166 f zur Schenkung.
3) AA die ganze hM, vgl. S 61 FN 1; bei anderem Ausgangspunkt im Ergebnis wie hier Röing-Nölke, S 26 FN 95.
4) Vgl. S 42.
5) Geschäftsführung, S 42 f.

trotz der problematischen Bestimmung des § 675 glücken kann, darf offenbleiben. Auch braucht nicht der Frage nachgegangen werden, inwieweit das hier angenommene subjektive Moment bei anderen Geschäftsbesorgungsfällen, abgesehen von § 687, nicht vorliegt. Entscheidend ist nämlich, daß sich die Frage nach der Fremdheit so nicht stellt. Man mag das Handeln mit dem Willen, den Nutzen eines anderen zu fördern, mit dem Begriff "Führung eines fremden Geschäfts" bedenken. Daraus darf man aber nicht die Folgerung ziehen, in § 687 müsse dasselbe gemeint sein. Vielmehr ist der Weg nur in umgekehrter Richtung gangbar: Wenn das fremde Geschäft in § 687 nur unter bestimmten Voraussetzungen vorliegt, muß untersucht werden, ob diese Voraussetzungen auch bei § 677 notwendig gegeben sein müssen. Ist das der Fall, kommt die Verwendung desselben Begriffs in Betracht. Schon der unterschiedliche Wortlaut beider Bestimmungen spricht jedoch hiergegen. Das Ergebnis der Bemühungen Lents um eine Harmonisierung ist dann auch eine ungerechtfertigte Einschränkung des Anwendungsbereichs der GoA [1].

§ 6: DAS OBJEKTIV EIGENE GESCHÄFT

Wenn auch nur das subjektive Element in allen Fällen die Beziehungen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn herstellen kann, muß noch überprüft werden, ob nicht objektive Umstände eine Entstehung dieser Beziehungen auszuschließen vermögen. Das könnte bei der Führung objektiv eigener Geschäfte der Fall sein. Die Fragestellung scheint hier ein wenig anders zu sein als bei den objektiv fremden Geschäften. Bei ihnen mußte untersucht werden, inwieweit sie den Geschäftsherrn subsidiär bestimmen oder zumindest den Kreis der möglichen Geschäftsherrn abschließend festlegen. Hier jedoch ist die generelle Tauglichkeit objektiv eigener Geschäfte zur Besorgung für andere zu überprüfen. Im Kern aber bleibt das Problem gleich. Geschäftsherr des objektiv eigenen Geschäfts wäre "an sich" der Handelnde, der Geschäftsführer. Wenn mit dem objektiven Betroffensein der Kreis der Geschäftsherrn abschließend festgelegt wäre, käme lediglich als Geschäftsherr ein objektiv Betroffener in Betracht. In Konsequenz zu dem bisher Gesagten kann diese Auffassung auch für das objektiv eigene Geschäft eigentlich nur abgelehnt werden. Eine Erörterung gibt jedoch möglicherweise weitere Hinweise auf die dogmatische Einordnung des objektiv eigenen und fremden Geschäfts.

---

1) Vgl. S 21.

I. Das teils objektiv eigene, teils objektiv fremde Geschäft

Auftragslose Führung eines gegenständlich eigenen Geschäfts für einen anderen soll jedenfalls dann möglich sein, wenn es sich dabei gleichzeitig um ein gegenständlich fremdes handelt [1]. Besondere dogmatische Probleme können hier nicht auftreten [2]. Allerdings wird der Geschäftsführer in solchen Fällen, soweit er überhaupt für den anderen handeln will, häufig auch die Förderung seines eigenen Interesses anstreben. Die dabei auftretenden Fragen sind bereits oben kurz behandelt worden [3]. Eine Vertiefung ist im Rahmen dieser Arbeit nicht erforderlich.

II. Führung eines ausschließlich objektiv eigenen Geschäfts für einen anderen

Die Führung eines objektiv eigenen Geschäfts für einen anderen paßt nicht in die, häufig abschließend gemeinten, Kategorien der h. M. Um objektiv fremde Geschäfte kann es sich notwendigerweise hier nicht handeln. Da das subjektiv fremde Geschäft neutral sein soll [4], kommt es ebenfalls nicht in Betracht.

---

1) Im Grundsatz wohl allg. Meinung, vgl. z.B. RGZ 143, 95; BGHZ 16, 12, 16; 54, 157, 160; BayObLGZ 1968, 76, 86; 1968, 200, 204; OLG Köln, VersR 1968, 246, 247; Staudinger-Nipperdey, 5, 9 zu § 677; Larenz II, § 57 I a (S 269 f); Féaux-de - la - Croix, JW 1939, S 459; Oertmann, 3 e vor § 677; Neuffer, S 33 ff; vgl. auch die auf S 39 FN 2 Genannten. Eine entsprechende gesetzliche Regelung fand sich in den §§ 258 ff, I, 13 ALR.

2) Auf die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn es sich um ein auch objektiv eigenes Geschäft handelt, weil den Geschäftsführer eine Pflicht zum Tätigwerden trifft, soll hier noch nicht eingegangen werden. Die Vermutungswirkung des auch objektiv eigenen Geschäfts wird ebenfalls erst unten erörtert.

3) S 38 f.

4) So Staudinger-Nipperdey, 5 zu § 677; Erman-Hauß, 2 c vor § 677; Oertmann, 3 b vor § 677; Enneccerus-Lehmann, S 699; Siber, S 367; Isele, S 162; Neuffer, S 15, 27; wohl auch BGHZ 40, 28, 30; früher bereits Dernburg, Pandekten, § 122 (S 334).

a) Ablehnung der Möglichkeit, auftragslos objektiv eigene Geschäfte für einen anderen zu führen durch die hM

Dem eben gekennzeichneten Standpunkt entspricht es, wenn häufig die Besorgung objektiv (ausschließlich) eigener Geschäfte "für einen anderen" trotz dieses subjektivierenden Wortlauts des § 677 als rechtlich unmöglich abgelehnt wird [1].

Die Haltung von Rechtsprechung und Lehre ist allerdings nicht immer eindeutig festzustellen. Das hat häufig seine Ursache in der Ungenauigkeit beim Gebrauch des Begriffs Interesse [2] oder in der fehlenden Unterscheidung zwischen § 677 und § 683. Wenn der BGH etwa in BGHZ 16, 12 (16) annimmt, ein fremdes Geschäft werde nicht geführt, sofern das Geschäft "nur im eigenen Interesse der Klägerin [3] lag (RGZ 149, 205, 209)" [4], so scheint insbesondere die genannte Vermischung der beiden Vorschriften vorzuliegen. Der BGH geht hier offenbar von dem objektiven Interesse aus. Falls nur der Geschäftsführer ein solches Interesse hat, fehlt es an dem des Geschäftsherrn und damit an den Voraussetzungen des § 683. Die angeführte RG-Entscheidung prüft an der zitierten Stelle auch nur diese Bestimmung.

Die Rechtsprechung des BGH läßt aber auch sonst eine Tendenz erkennen, daß die Führung objektiv eigener Geschäfte generell für untauglich gehalten wird, den Tatbestand des § 677 zu erfüllen. In BGHZ 46, 319 (IV. Senat) hatte der Scheinvater Unterhaltszahlungen für das Kind erbracht, zu deren Leistung nur

---

1) Ausdrücklich RG JW 1926, 2920, 2921; RG Gruchot 52, 997, 1000 f; Féaux - de - la - Croix, JW 1939, 459; Isay, S 48; Isele, S 163; Leonhard, S 426; Brandi, S 90; wohl auch Neuffer, S 31; aus der älteren Literatur etwa Chambon, S 41, unter Berufung auf l. 6 § 4 Dig. h.t.; Vangerow, § 664 Anm. I (S 503); Kohler, AcP 25, 106; wohl auch Bermann, S 10. Unklar ist die Haltung Larenz', vgl. Vertrag und Unrecht, S 127 und Larenz II, § 57 I a (S 269 f).

2) Als Beispiel aus der Literatur sei Soergel-Mühl genannt (vgl. FN 4).

3) Die Aufwendungsersatz verlangte, Verf.

4) Mühl in Soergel, 4 zu § 677 beruft sich auf diese Stelle der BGH-Entscheidung, stellt aber anscheinend auf den Willen des Geschäftsführers ab, nur das eigene Interesse zu fördern. Denn er formuliert, der Beweggrund des Geschäftsführers sei zwar unerheblich, jedoch scheide Fremdheit aus, wenn nur eigene Interessen wahrgenommen würden. Objektiv ist das Interesse wieder (aaO) in Rdnr. 10 zu § 662 zu verstehen, obwohl es sich sachlich um dieselbe Frage handelt.

er verpflichtet [1] war. Der BGH verneint einen Anspruch des Scheinvaters gegen den Erzeuger aus GoA, da hierfür die objektiven und subjektiven Voraussetzungen fehlten [2]. Als geforderte objektive Voraussetzung kommt eigentlich nur das Nichtvorliegen eines objektiv eigenen Geschäfts in Betracht.
Ähnliches gilt für die erste Verschollenen-Entscheidung. Der VII. Senat untersuchte in BGHZ 28, 359, ob der Staat gegen einen nur vermeintlichen Kriegsverschollenen Ansprüche aus GoA wegen der Zahlung einer Rente an dessen Kind hat. Da die Zahlung unter Rückforderungsvorbehalt geschehen und vom Vorbehalt Gebrauch gemacht worden war, tilgte sie nicht die Unterhaltsschuld des Vaters. Für den BGH hatte dies die Folge, daß kein Geschäft des "Verschollenen" geführt war und ein Anspruch aus GoA daher ausschied [3].
Der Schluß liegt nahe, daß auch hier die Führung eines eigenen Geschäftes des Staates für einen anderen als unmöglich angesehen wird. Zwingend ist das jedoch nicht, denn wegen der fehlenden Vermutung eines Fremdgeschäftswillens kann das Ergebnis auch auf dem mangelnden subjektiven Moment beruhen [4].

Eine Begründung für den Ausschluß objektiv eigener Geschäfte zu finden, die über Plausibilitätserwägungen hinausgeht, ist offensichtlich schwierig. Sie wird daher auch so gut wie nie gegeben.

Der Versuch einer Erklärung findet sich allerdings bei Brückmann [5]. Er meint, das von der Geschäftsführungsabsicht ergriffene Geschäft müsse die Fähigkeit haben, an sich Interesse für den anderen zu besitzen; ein "absolut eigenes" Geschäft habe dies nicht. Dem ist durchaus zuzustimmen, wenn das absolut eigene etwas anderes sein soll, als das (ausschließlich) objektiv eigene Geschäft, nämlich ein Geschäft, an dem kein anderer als der Handelnde unter allen denkbaren Umständen ein Interesse haben kann. Spricht Brückmann in der angeführten Passage aber vom objektiv eigenen Geschäft, dann ist die Aussage, dieses habe nicht die Fähigkeit, für einen anderen ein Interesse zu besitzen, nur eine unrichtige Tatsachenbehauptung. Gerade im zweiten Sinne will Brückmann jedoch offenbar seine Ausführungen verstanden wissen. Denn er nennt kurz zuvor [6] als Beispiel: "Es ist nicht möglich, daß ich mein Haus für einen Anderen reparieren

---

1) Vgl. insbesondere aaO, S 324.
2) AaO, S 327.
3) AaO, S 365; später gelangte der BGH auf einem etwas anderen dogmatischen Weg zum gleichen Ergebnis, obwohl die Zahlung nicht unter Vorbehalt erfolgt war, vgl. BGHZ 30, 162.
4) Eine ähnliche Argumentation findet sich in BGHZ 32, 331 (II. Senat).
5) Brückmann, S 59.
6) AaO.

lassen kann." Seine hinzugefügte Einschränkung "(wenn er nicht... ein besonderes Interesse an der Reparatur haben sollte)" ist allerdings unter keinem Aspekt verständlich. Auch Brückmanns Darlegungen können daher nicht erklären, warum ein objektiv eigenes Geschäft nicht für einen anderen geführt werden kann.

Außerhalb der Betrachtung muß schließlich bleiben, daß als subjektiv fremdes Geschäft meist die willentliche Besorgung neutraler Geschäfte definiert wird. Diese Definition beruht auf der Voraussetzung, nur äußerlich neutrale Geschäfte könnten allein durch den Willen des Geschäftsführers zu "fremden" werden. Gerade das ist aber die Frage.

b) Vergleich mit der Rechtslage beim Auftrag

An dieser Stelle erscheint es angebracht, einen Blick auf die vertragliche Geschäftsführung zu werfen, bei der ähnliche Probleme auftreten könnten. Beim Auftragsvertrag etwa wäre zu fragen, ob eine Verpflichtung des Beauftragten, objektiv eigene Geschäfte zu besorgen, vertraglich begründet werden kann.

Vereinzelt wird das verneint [1]. Es zeigt sich jedoch, daß für das Auftragsrecht meist eine andere Schwierigkeit gesehen wird. Nipperdey etwa vertritt die Ansicht, ein Auftrag könne nicht lediglich im Interesse eines anderen (des Beauftragten) erteilt werden [2]. Er schließt das aus den Worten "für diesen" in § 662, sowie aus den §§ 676 und 778. Die Argumentation legt es nahe anzunehmen, Nipperdey setze hier nur die beabsichtigte Förderung eines Interesses des Auftraggebers als notwendig voraus, lehne aber eine Tätigkeit des Beauftragten in eigenen Belangen nicht ab.

§ 778 scheint sogar ein Indiz dafür zu sein, daß beim Auftrag objektiv eigene Angelegenheiten für einen anderen erledigt werden können. Bei dem in dieser Bestimmung geregelten Kreditauftrag verpflichtet sich der Beauftragte, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben. Zu Recht nimmt die herrschende Ansicht an, daß hierunter auch das Weiter-Belassen eines bereits gewährten Kredits fällt [3]. Es wäre nicht sachgerecht, wenn der Beauf-

---

1) Etwa von Lenel, AcP 129, 9, 12.

2) In Staudinger-Nipperdey, 9 zu § 662; ebenso Siber, S 363; Erman-Hauß, 5 vor § 662; BGB-RGRK-Denecke, 5 vor § 662; wohl auch RG LZ 1933, 915 (Nr. 6). Unklar Soergel-Mühl, 10 zu § 662, die Tätigkeit dürfte nicht allein ein Geschäft des Beauftragten (ein objektiv eigenes?, Verf.) sein.

3) RGZ 87, 144; Staudinger-Brändl, 1 zu § 778; Palandt-Gramm, 16 zu § 778; aA von Godin in RGRK Komm. zum HGB, 53 zu § 349, wo zwar bei Stundung im Auftrag eines anderen ein Kreditauftrag nach § 778 verneint, das Vorliegen eines allgemeinen Auftragsvertrages mit dessen Haftungsfolgen jedoch bejaht wird.

tragte zunächst den Kredit zurückfordern und dann eine neue Kreditvereinbarung treffen müßte, damit der Auftraggeber nach § 778 als Bürge haftet. Trifft das zu, dann enthält die Vorschrift zumindest in Ansehung der Stundung eine Regelung über die Besorgung eines objektiv eigenen Geschäfts durch einen Beauftragten [1]. Diese Aussage muß allerdings aus zwei Gründen im Hinblick auf allgemeinere Folgerungen relativiert werden. Ob trotz der in Rechtsprechung und Lehre bestehenden weitgehenden Übereinstimmung, in gewissen Fällen ein Geschäft als objektiv fremdes anzusehen, dies auch für die Gewährung oder Stundung des Kredits gelten würde, muß zweifelhaft bleiben. Es fehlt der hM an hinreichend genauen inhaltlichen Bedingungen für die Bestimmung des objektiv fremden - oder eigenen - Geschäfts. Begnügt man sich mit dem gebräuchlichen Merkmal des Handelns im fremden - hier: eigenen - Rechts- und Interessenkreis, so spricht jedoch viel dafür, auch die Stundung darunter fallen zu lassen. Ein zweites ist, daß § 778 keine sehr typische Auftragsregelung ist, was auch schon aus dem systematischen Zusammenhang, in dem sie steht, erkennbar wird. Folgerungen aus ihr müssen daher mit Vorsicht gezogen werden.

Der Exkurs in das Auftragsrecht wies auf Anzeichen einer möglicherweise im Gesetz unmittelbar enthaltenen Regelung über die fremdnützige Besorgung objektiv eigener Geschäfte hin. Er hat auch gezeigt, daß Rechtspraxis und -wissenschaft hier offenbar kaum Bedenken gegen die Führung objektiv eigener Geschäfte für einen anderen haben. Das erscheint zunächst einleuchtend, weil die Beauftragung eines anderen, in seinen Angelegenheiten tätig zu werden, nie geschehen wird, ohne daß der Auftraggeber ein Eigeninteresse verfolgt. Auf der anderen Seite macht die Verfolgung eines Interesses im Sinne einer Neigung nach der hM ein Geschäft noch nicht zum objektiv eigenen oder fremden, dürfte also in diesem Fragenkreis keine Rolle spielen.

c) Eigene Auffassung

Faßt man die bisherigen Ausführungen zusammen, so läßt sich sagen, daß die Ansicht, objektiv eigene Geschäfte könnten nicht Gegenstand einer GoA sein, von ihren Vertretern nicht begründet wird. Sie findet im Wortlaut des § 677 keine Stütze. Auch die Regelung des § 778 spricht eher gegen sie.

Es wurde oben vertreten, die GoA setze nicht das Vorliegen eines fremden Geschäfts im Sinne der (erkennbaren) Auswirkung auf fremde Rechte oder Rechtsgüter voraus, das subjektive Moment spiele also die entscheidende Rolle. Ist das

---

1) Das RG nahm in RGZ 56, 130 (134) sogar allgemein an, § 778 regele ein an sich eigenes Geschäft des Beauftragten; dieses werde zugleich für den Auftraggeber "in dessen durch den Auftrag bekundetem Interesse vorgenommen".

richtig, dann können objektive Merkmale materiellrechtlich nur von Bedeutung sein, sofern das Gesetz ihnen die Aufgabe zuweist, den Anwendungsbereich der GoA einzuengen. Dafür ist kein Anhaltspunkt ersichtlich.

Auch daß die §§ 677 ff altruistische Verhaltensweisen fördern sollen, spricht nicht für eine solche Begrenzung. Das Unterlassen erlaubter Immissionen (vgl. § 906) oder erlaubten Geräuschs oder die Durchführung wirtschaftlich nicht zumutbarer Maßnahmen nach § 906 II 1 - sämtlich objektiv eigene Geschäfte - können im Einzelfall durchaus Akte der "Menschenhilfe" sein. Gleiches gilt für die Vernichtung eines eigenen Vermögenswertes, weil dieser den anderen, wenn auch erlaubterweise, beeinträchtigt [1]. Ob ein Interesse des Geschäftsherrn an einer solchen Geschäftsführung besteht, ist eine Frage, die im Rahmen des § 683 beantwortet werden muß. Zu beachten ist, daß das Schuldverhältnis der GoA auch dann entsteht, wenn der Geschäftsführer keinen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen will (§ 685).

Geschäftsführung ohne Auftrag kann daher auch dann vorliegen, wenn der Geschäftsführer objektiv ausschließlich eigene Geschäfte besorgt [2].

§ 7: ERGEBNIS

Die Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn werden bei § 677 ausschließlich durch den Geschäftsführerwillen hergestellt. Objektive Momente können diese Beziehung weder herbeiführen, noch ihre Entstehung verhindern [3].

---

1) Etwa Niederreißen einer Mauer, welche die Veranda des Nachbarn überschattet.

2) Ebenso, allerdings sämtlich ohne Begründung, Palandt-Thomas, 2 b zu § 677; BGB-RGRK-Denecke, 2 zu § 677; Brüggemann, DAR 1954, 151; Helm, VersR 1968, 210; Dorn, S 10; Neizert, S 17, 24; möglicherweise auch Baur, DVBl 1965, 894 (FN 7); zweifelhaft ist, ob BVerfGE 18, 429 (437) das objektiv ausschließlich eigene Geschäft meint. - Weitergehend sieht Kreß, BT § 36 V 2 (S 346) überhaupt die subjektiv fremden Geschäfte als Betätigung im eigenen Rechtskreis an und meint, daß mit der hieran anknüpfenden Verpflichtung dritter Personen ein Widerspruch zu sonstigen Rechtsgrundsätzen geschaffen werde.

3) Abgesehen von solchen, die etwa bei § 138 eine Rolle spielen.

Mit dieser Aussage ist festgestellt, daß die Entstehung der GoA vom Geschäftsführer neben einem völlig neutral zu definierenden Verhalten nur eine subjektive Zielrichtung, eine ganz bestimmte Art von Finalität der Handlung verlangt. Angesichts der verschiedenen Unklarheiten, die in der Rechtsprechung und im Schrifttum bestehen, kann die Einordnung des eigenen Standpunkts nur vermutet werden: Es ist nicht anzunehmen, daß die hier vertretene Ansicht der herrschenden Auffassung entspricht. Ob der Geschäftsführerwille ein "artfremdes Gesinnungsfordernis" ist, wie Röing-Nölke meint [1], kann offenbleiben, da der Gesetzgeber sich für den Willen entschieden hat. Nicht überzeugend ist allerdings, daß § 994 II den systematischen Fehlgriff bei der GoA aufzeigen soll [2]. Der bösgläubige, unrechtmäßige Besitzer bekommt zwar ohne Geschäftsführerwillen Aufwendungsersatz nach GoA-Regeln, aber eben nur für gemachte notwendige Verwendungen. Er trägt damit, anders als der Geschäftsführer, das Erfolgsrisiko. - Eine GoA schließlich, die lediglich vom Rechtskreis des Geschäftsherrn her zu sehen wäre, sich also nur an dessen Interesse und Wille orientierte [3], würde die Grenzziehung zur ungerechtfertigten Bereicherung erschweren und das subjektiv fremde Geschäft ausscheiden oder ihm eine Sonderstellung verleihen. Sie beruhte zudem auf einem anderen Gedanken - nämlich auf Billigkeitserwägungen - als die gegenwärtige Regelung. Denn der Gesetzgeber des BGB wollte, jedenfalls in erster Linie, die erwünschte fürsorgende Haltung des Geschäftsführers honorieren.

Die vorgenommene Reduzierung des bisher untersuchten Tatbestandes von § 677 auf zwei Elemente, Handeln und Wille, macht die Notwendigkeit offenbar, den Anwendungsbereich der GoA auf andere Weise einzuschränken. Eine abschließende Untersuchung der hierzu zur Verfügung stehenden Möglichkeiten würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Hier muß daher der Hinweis insbesondere auf die letzte in § 677 aufgestellte Voraussetzung (Fehlen eines Auftrags oder einer sonstigen Berechtigung) und die Funktion des § 683 genügen. Im zweiten Teil der Arbeit wird davon noch zu sprechen sein.

---

1) S 24. - Das von ihm offenbar bejahte Gesinnungsfordernis bei deliktischen Tatbeständen (vgl. etwa § 826) müßte eigentlich ähnliche Kritik herausfordern.

2) Röing-Nölke, S 25 f.

3) So die Forderung Röing-Nölkes, aaO.

Dritter Abschnitt

§ 8: GRÜNDE FÜR EINE UNTERSCHEIDUNG ZWISCHEN OBJEKTIV UND SUBJEKTIV FREMDEN GESCHÄFTEN

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung führt zwangsläufig zu der Frage, welche Bedeutung die allgemein übliche Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften für die GoA überhaupt hat [1]. Wie ausgeführt, sind an den Geschäftsführerwillen in allen Fällen der GoA die gleichen Anforderungen zu stellen. Von daher ergibt sich somit keine Notwendigkeit, zwischen den Geschäftsarten zu differenzieren. Da das objektiv eigene Geschäft für einen anderen besorgt werden kann, taucht das objektiv fremde Geschäft auch nicht unter einem anderen Blickwinkel im Tatbestand des § 677 auf. Zur Abgrenzung von eigenen Geschäften ist es ebenfalls nicht erforderlich. Auf seine Bedeutungslosigkeit für die Anwendung des § 686 wurde hingewiesen.

Das objektiv fremde Geschäft bestimmt zudem nicht, und zwar weder ausschließlich noch subsidiär gegenüber der Festlegung durch den Geschäftsführer, den Geschäftsherrn [2]. Allenfalls die Bejahung dieser Funktion erschiene nach dem bisher Gesagten möglich; sie setzt jedoch eine erhebliche Einschränkung der herkömmlichen Definition objektiv fremder Geschäfte voraus. Wegen des sich daraus ergebenden Fortfalls einer praktischen Relevanz des objektiv fremden Geschäfts und aus Gründen seiner Gleichbehandlung mit dem subjektiv fremden Geschäft wurde das abgelehnt.
Für die Erforderlichkeit des objektiv fremden Geschäfts werden jedoch in der Literatur bei der Erörterung der GoA - meist ausschließlich - zwei Gründe angeführt, die außerhalb der materiellrechtlichen Voraussetzungen der GoA liegen: Seine Funktion als Vermutungsgrundlage bzw. Grundlage des Anscheinsbeweises

---

1) Die Notwendigkeit der Unterscheidung wurde lediglich - im Anschluß an die Aussagen der 1. Kommission in Mot II, S 855 - unmittelbar vor und nach Inkrafttreten des BGB verneint. Vgl. etwa Sturm, Lehre, S 30; Planck, 1./2. Aufl., 1 b zu § 677 (anders ab der 3. Aufl.); weitere Nachweise bei Brückmann, S 38.

2) Dieses Problem wird im Schrifttum so gut wie nie gesehen, wenn es um die Begründung für die Erforderlichkeit des objektiv fremden Geschäfts geht; vgl. die Nachweise in der nächsten FN.

für den Geschäftsführerwillen und die Regelung des § 687 [1].

Die Frage, ob beim Führen eines objektiv fremden Geschäfts eine tatsächliche Vermutung für den Geschäftsführerwillen spricht, ist nicht von materiellrechtlicher Bedeutung für die Beziehungen des Geschäftsführers zum Geschäftsherrn. Ihre Beantwortung erfolgt erst am Ende dieser Arbeit. Im folgenden wird nur noch auf die Bedeutung des § 687 im Zusammenhang mit dem objektiv fremden Geschäft bei der GoA eingegangen. Ein kurzer rechtstheoretischer Abschnitt soll anschließend klären, inwieweit heute herrschende Anschauungen über das objektiv fremde Geschäft auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des BGB zurückzuführen sein könnten.

I. § 687 als Hinweis für die Notwendigkeit des objektiv fremden Geschäfts im Tatbestand des § 677

Die Erwähnung § 687 im Zusammenhang mit dem objektiv fremden Geschäft bei der GoA muß zunächst befremden, da die Vorschrift, was heute unstreitig ist, keinen Fall der GoA behandelt. Sucht man nach der Argumentationskette, die über § 687 zur GoA führt, so kann man etwa folgendes feststellen: § 687 betrifft die Führung objektiv fremder Geschäfte, § 677 allgemein die Führung von Geschäften für einen anderen. Daraus wird geschlossen, es gebe "offensichtlich innerhalb des großen Kreises der 'Geschäfte' einen kleineren, konzentrischen" [2] von objektiv fremden Geschäften.

Eine solche Deduktion setzt allerdings voraus, daß das objektiv fremde Geschäft iSd § 687 dieselbe Bedeutung hat, wie bei der GoA. Die Haltung von Rechtsprechung und Lehre in Fragen des Anwendungsbereichs von § 687 gibt jedoch Anlaß, hieran zu zweifeln. Das gilt insbesondere auch für die Erstreckung des § 687 II

---

1) Gursky, JurA 1969, 103 f (ZR S 35); Medicus, § 17 II 2; Isele, S 161. Nur auf die Vermutungswirkung verweisen Esser II, § 98 IV 1 a; Palandt-Thomas, 2 b zu § 677; Helm, VersR 1968, 210; Niewiarra, S 7 f; Baur, DVBl 1965, 894 (FN 7); lediglich § 687 erwähnen Windscheid, Pandektenrecht, 8. Aufl., S 854; Crome, S 631; Planck, 3. Aufl., 2 b zu § 677; Freese, S 10; Neuffer, S 12 f; Isensee, S 15 f; ausschließlich § 686 und § 687 führen an Freund, S 15; Isay, S 52 und Spies, S 4. Im übrigen sind ausdrückliche Stellungnahmen kaum aufzufinden. Nur Laufs, NJW 1967, 2295, spricht die Notwendigkeit, den Geschäftsherrn, den es objektiv angeht zu ermitteln, kurz an.

2) Brückmann, S 40; ihm folgend Niewiarra, S 7.

auf Eingriffe in schuldrechtliche Beziehungen [1]. Wenn Nipperdey forderte, bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "fremd" in § 687 II müsse wertend gefragt werden, "ob durch die bewußt unberechtigte Geschäftsführung ein Ergebnis herbeigeführt worden ist, das einer bestimmten rechtsverbindlich festgelegten Interessenbewertung widerspricht und deshalb nach dem Sinn der Vorschrift auf Verlangen des Berechtigten korrigiert werden muß" [2], dann ist im Ausgangspunkt die Gleichheit der Begriffsbegrenzung aufgegeben. Eine Untersuchung des objektiv fremden Geschäfts bei § 687 hätte daher vor der Übertragung des gefundenen Ergebnisses auf § 677 nachzuweisen, daß eine solche Übernahme zulässig ist [3].

Die Stellungnahme zu diesem Fragenkreis braucht hier nicht vertieft zu werden. Selbst wenn das objektiv fremde Geschäft im Rahmen des § 677 dieselbe Bedeutung hat wie bei § 687, wären auf der Grundlage der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht die materiellrechtlichen Konsequenzen gering. Als Folge würde sich bei § 677 ein System von Geschäftsarten zeigen, wobei die eine, das objektiv fremde Geschäft, durch ein zusätzliches, nämlich objektives Merkmal gegenüber den allgemeinen anderen gekennzeichnet wäre. Was jedoch mit der Aufzählung von Geschäftsarten als Alternativmerkmale im Tatbestand gewonnen sein könnte, ist nicht ersichtlich.

---

1) Etwa BGH LM Nr. 2, 8 zu § 687 BGB - Verletzung einer Alleinverkaufsabrede; vgl. auch BGH LM Nr. 10 zu § 687. Dieser Standpunkt liegt auch den Entscheidungen des BAG in den "Schmiergeld"-Fällen zugrunde, s. dazu BAG in AP Nr. 1 - 4 zu § 687 BGB.

2) Nipperdey, S 166.

3) Dies unterläßt Niewiarra, der einen allgemeingültigen Begriff des objektiv fremden Geschäfts lediglich aus einer Feststellung des "Schutz- und Anwendungsbereichs" - methodisch richtiger wohl: durch teleologische Reduktion - des § 687 II gewinnen will (vgl. Niewiarra, S 40, 54 ff).

II. Die Rechtslage im Römischen und im gemeinen Recht [1]

Die Regelung der GoA im BGB läßt sich im wesentlichen auf die römischrechtliche negotiorum gestio zurückführen. Als Ausgangspunkt der negotiorum gestio im Römischen Recht wird überwiegend das prätorische Edikt de negotiis gestis (Ulp. D. 3,5,3 pr) angesehen. Nach hM entwickelte sich das zunächst nur spezielle, insbesondere auf die Prozeßvertretung anwendbare Rechtsinstitut im Laufe der Zeit zu einem allgemeinen zivilrechtlichen [2].

Ungeklärt ist, welche Voraussetzungen im einzelnen für die negotiorum gestio bestanden. Dabei herrscht auch Streit darüber, ob ihr Tatbestand nach klassischem Römischen Recht den animus negotia aliena gerendi als selbständiges Merkmal forderte [3]. Zum Teil wird angenommen, dieses Kriterium sei erst durch Justinian eingeführt worden [4]; es entstamme der byzantinischen Neigung zu ausführlichen Formulierungen [5].

Im gemeinen Recht galt etwa bis zu den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts überwiegend, daß nur für die actio contraria (des Geschäftsführers) der animus negotia aliena gerendi und der animus recipiendi vorliegen mußte; für die actio directa (des Geschäftsherrn) dagegen genügte bereits, wenn der Geschäftsführer

---

1) Angesichts der Tatsache, daß dieser Themenkreis auch in jüngerer Zeit verschiedentlich Behandlung erfahren hat, begnügen sich die folgenden Ausführungen mit einem Überblick. Eine umfassende Darstellung des Tatbestands der negotiorum gestio im Römischen Recht findet sich bei Seiler; die Entwicklung bis zum Erlaß des BGB stellen etwa Röing-Nölke (S 7-22) und Niewiarra (S 3-23) dar.

2) Jörs-Kunkel, S 247 f; Kaser, S 489; ders., RPR § 44 II 1 (S 180 f); Seiler, S 47 ff, 169, 320 mwN; Wlassak, S 39 ff; vgl. auch Dernburg, Pandekten, § 121 (S 331 f); Lent, Geschäftsführung, S 89.

3) So Riccobono, S 221 ff; aA insbesondere Rabel, Bonfante, S 288 ff; ebenso Seiler, S 21 ff mwN.

4) Partsch, S 37; Pringsheim, SZ 42, 310, 326; Chambon, S 4. - Zum Meinungsstreit siehe Seiler S 21 ff, 98 f, 325 f, der selbst eine vermittelnde Haltung einnimmt.

5) Vgl. Röing-Nölke, S 19 mit Nachweisen.

ein negotium alienum besorgte [1]. Neben dem objektiv fremden Geschäft (negotium re ipsa alienum) war auch hier das subjektiv fremde (negotium contemplatione alienum) anerkannt [2]. Damit ergab sich für die ältere gemeinrechtliche Lehre folgendes System:
Der dominus konnte die actio directa haben, wenn objektiv sein Geschäft geführt wurde, unabhängig von der Willensrichtung des gestor. Diesem stand die actio contraria nur dann zu, wenn er mit dem Fremdgeschäftswillen handelte. Lediglich bei subjektiv fremden Geschäften waren insoweit die Voraussetzungen beider Klagen gleich. Von daher gesehen hatte die Unterscheidung zwischen den Geschäftsarten erhebliche materiellrechtliche Bedeutung. Beim objektiv fremden Geschäft, aber auch nur hier, konnte der Geschäftsherr Herausgabe des Erlangten verlangen, gleichgültig in welchem Bewußtsein und mit welchem Willen der Geschäftsführer gehandelt hatte. Da die Ansprüche des Geschäftsführers aus der negotiorum gestio von dem Fremdgeschäftswillen abhingen, konnten bei objektiv fremden Geschäften auch lediglich einseitige Verpflichtungen entstehen [3].

Die Interpretation römisch-rechtlicher Quellen führte die Vertreter der jüngeren Lehre [4] dazu, für alle Fälle der GoA den Fremdgeschäftswillen als erforderliche Voraussetzung anzusehen. Die Antwort auf die Frage jedoch, worin nunmehr der innere Grund für eine Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften besteht, bleiben sie sämtlich schuldig.

---

1) Glück, § 421 (S 345 f); Mühlenbruch, § 434; Puchta, § 327 (S 496 f); Vangerow, § 664 (S 503 f); Chambon, S 4 f, 42 (mwN); Ruhstrat, AcP 34, 63 ff; Aarons, Vorwort S V, S 1; vgl. auch die Nachweise bei Zimmermann, neg. gestio, S 6 (FN 2), Brückmann, S 29, Buchka, S 127 (FN 1) und Suter, S 27.

2) Etwa Glück, § 419 (S 325 f); Chambon, S 42; Monroy, S 67, 179, der hier verschiedene Rechtsinstitute annimmt; Dernburg, Pandekten, § 122 (S 334) und Preuss. Privatrecht, § 249 (S 663 ff); weitere Nachweise bei Bermann, S 20.

3) Aus Billigkeitsgründen wurden hiervon jedoch Ausnahmen zugelassen, vgl. Vangerow, § 664 (S 504).

4) Köllner, S 58 ff; Zimmermann, neg. gestio, S 12 - 27; ders., Lehre, S 128 ff; vgl. auch die Nachweise bei Brückmann, S 30 ff.

III. Ergebnis

Eine materiellrechtliche Bedeutung des objektiv fremden Geschäfts für den Tatbestand der GoA ist nicht erkennbar. Sie wird auch durch den Hinweis auf § 687 nicht dargetan. Ein Blick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung der GoA bringt ebenfalls keine weiteren Aufschlüsse, sieht man davon ab, daß die ältere gemeinrechtliche Lehre den Anspruch des Geschäftsherrn schon bejahte, wenn der Geschäftsführer ein objektiv fremdes Geschäft führte; Ansprüche des Geschäftsführers aus der negotiorum gestio hingen demgegenüber nach dieser Auffassung regelmäßig von dem Vorliegen des Willens zur Fremdgeschäftsführung ab. Möglicherweise wirkt diese Ansicht noch heute fort, indem sie verschiedentlich die Vorstellung von der Notwendigkeit des objektiv frenden Geschäfts für den Tatbestand der GoA herbeiführt.

Vierter Abschnitt:

§ 9: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE DES ERSTEN TEILS

Der Tatbestand des § 677 setzt voraus, daß der Geschäftsführer mit dem Willen handelt, zum Nutzen eines bestimmten, zumindest bestimmbaren anderen tätig zu werden oder untätig zu bleiben. Mit der begrifflichen Unterscheidung zwischen "Geschäft", "Geschäftsbesorgung", "Führung eines Geschäfts für einen anderen", "objektiv fremden", "subjektiv fremden" und "neutralen Geschäften" kann keine Klärung des Tatbestandes erfolgen.

Das "objektiv fremde Geschäft" insbesondere ist materiellrechtlich ohne Bedeutung für die GoA. Es könnte allenfalls, und inhaltlich eingeschränkt, bei der Geschäftsherrnbestimmung notwendig sein, wenn der Geschäftsführer nur allgemein fremdnützig handeln wollte. Auch das wurde jedoch abgelehnt. Dies gilt ebenfalls für eine Funktion des objektiv fremden Geschäfts als primäre und abschließende Bestimmung des Geschäftsherrn, wenn der Geschäftsführer für einen anderen als den objektiv Betroffenen oder nur einige der objektiv Betroffenen handeln wollte.

Letztlich bleibt nur die Annahme, daß die Vorstellung von der materiellrechtlichen Bedeutsamkeit des objektiv fremden Geschäfts für die GoA zum Teil durch eine ältere gemeinrechtliche Lehre beeinflußt ist.

Für die folgende Untersuchung stellt sich daher nur noch die Frage, ob es Sachverhalte gibt, bei denen der Fremdgeschäftswille zu vermuten ist. Diese Sachverhalte sollen zunächst weiterhin mit dem Ausdruck "objektiv fremdes Geschäft" bezeichnet werden.

2. TEIL:
AUFTRAGSLOSE GESCHÄFTSBESORGUNG DES VERPFLICHTETEN GESCHÄFTSFÜHRERS

Das Schuldverhältnis der GoA kann nur entstehen, wenn der Geschäftsführer seine Tätigkeit vornimmt, ohne vom Geschäftsherrn "beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein", wie es in § 677 heißt. Diese Formulierung wird allgemein [1] so verstanden, daß die Regelung der GoA keine Anwendung finden soll, wenn der Geschäftsführer auf Grund Rechtsgeschäfts mit dem Geschäftsherrn oder durch Gesetz dem Geschäftsherrn gegenüber berechtigt oder verpflichtet [2] ist, die fragliche Handlung vorzunehmen.

Es ist nun zunächst der Frage nachzugehen, ob die Anwendung des § 677 stets ausgeschlossen ist, falls der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn gegenüber berechtigt oder verpflichtet ist. Das Hauptgewicht der Erörterung wird jedoch bei dem Problem liegen, inwieweit eine GoA stattfinden kann, wenn der Geschäftsführer lediglich Dritten verpflichtet ist, die Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Erst wenn bejaht ist, daß die §§ 677 ff auf den verpflichteten Geschäftsführer anwendbar sind, kann auch für ihn die Frage nach der Vermutungswirkung des objektiv fremden Geschäfts gestellt werden.
Möglicherweise ergeben sich dabei Unterschiede je nachdem, ob die Pflicht gegenüber dem Geschäftsherrn oder Dritten besteht.

Die folgende Untersuchung trennt nicht stets zwischen den verschiedenen gesetzlichen und vertraglichen Pflichten [3]. Vielmehr erscheint es vorrangig, die Vereinbarkeit der Vorstellung eines verpflichteten Geschäftsführers mit den Anforderungen der §§ 677 und der Einordnung der GoA in das System des BGB zu überprüfen.

---

1) Vgl. statt vieler Palandt-Thomas, 3 zu § 677, Staudinger-Nipperdey, 10 ff zu § 677; ausführlich Neuffer, S 42 ff mwN; S. auch Prot II, 726 f.

2) Die wirksame gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung soll auch eine Berechtigung demjenigen gegenüber zur Folge haben, dem der Geschäftsführer verpflichtet ist. Dazu Staudinger-Nipperdey, 13 zu § 677; Lent, Wille und Interesse, S 23; Zitelmann AcP 99, 44 f; Neuffer, S 42 f; Soergel-Mühl, 10 zu § 677.

3) So aber zB die einschlägigen Arbeiten von Spies (S 32 ff) und Neuffer (S 41 ff).

Dieser Gesichtspunkt bestimmt daher die Arbeitsmethode. Die Notwendigkeit, zwischen Pflichten zu differenzieren, mag sich dann als Ergebnis zeigen.

§ 10: GoA BEIM BESTEHEN EINER VERPFLICHTUNG ODER BERECHTIGUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS GEGENÜBER DEM GESCHÄFTSHERRN

Zwar wurde oben gesagt, die Vorschriften der §§ 677-686 fänden keine Anwendung, falls der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet oder berechtigt ist, doch trifft dieser Satz möglicherweise nicht ausnahmslos zu. Jedenfalls wird das Bestehen einer Pflicht aus § 330c StGB, obwohl sie hierher zu gehören scheint, nie als Hindernis für die Annahme einer GoA angesehen. Zweifelhaft erscheint auch, ob öffentlich-rechtliche Verpflichtungen von öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekten im Rahmen des § 677 zu berücksichtigen sind. Im einzelnen wird hiervon anschließend die Rede sein.

In den vorliegenden Zusammenhang gehören dagegen nicht Überlegungen, wie sich die Verletzung eines Vertrages mit dem Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer zur GoA verhält [1]. Denn der Geschäftsführer ist hier zu der Handlung gerade nicht verpflichtet oder berechtigt. In solchen Fällen stellt sich lediglich die Frage, ob die GoA gegenüber dem Geschäftsherrn die Vertragsverletzung rechtfertigt. Sie hängt nicht mit dem Gegenstand dieser Arbeit zusammen.

I. Das Merkmal der "sonstigen Berechtigung" im § 677

Darüber, welchen Sinn das Merkmal der sonstigen Berechtigung und auch des der Auftragslosigkeit im Tatbestand des § 677 haben soll, ist aus den Gesetzesmaterialien nichts zu erfahren [2]. Anscheinend waren die Gesetzesverfasser hier der Überzeugung, der Sinn erschließe sich selbstverständlich. Im Schrifttum hat

---

1) Hierzu ausführlich Neuffer S 49-62; Lent, Geschäftsführung S 164 ff; Dorn, S 17 ff.

2) Auch die gemeinrechtliche Literatur enthält keine Hinweise, obwohl die negotiorum gestio Auftragslosigkeit voraussetzte, vgl. Brückmann, S 63 ff mwN.

sich diese Haltung weitgehend fortgesetzt; lediglich Baur [1] bildet hier eine Ausnahme. Es zeigt sich jedoch, daß im Einzelfall durchaus Unklarheit darüber besteht, ob und warum ein Eingriffsrecht oder eine Eingriffspflicht "sonstige Berechtigung" gegenüber dem Geschäftsherrn sein soll. Für die Hilfeleistungspflicht etwa wird das meist mit der Begründung abgelehnt, sie sei nur eine allgemeine Pflicht [2]. Aus welchem Grund die Allgemeinheit der Pflicht hier Bedeutung hat, wird nicht gesagt. Bei der Ersatzvornahme durch Verwaltungsträger wird zum Teil GoA des Hoheitssubjekts gegenüber dem Störer angenommen und die Frage nach der Berechtigung iSd § 677 nicht gestellt oder trotz bestehenden Eingriffsrechts verneint [3]. Es erscheint daher eine genauere Klärung des Begriffs der "sonstigen Berechtigung gegenüber dem Geschäftsherrn" erforderlich.

Dieses Merkmal sagt wörtlich genommen nicht mehr, als daß der Handelnde gegenüber dem Geschäftsherrn das Recht hat, sich so zu verhalten. Da es aber um eine "sonstige Berechtigung" im Verhältnis zum "Auftrag" geht, muß das Recht auf anderen Gründen als auf einem "Auftrag" beruhen. "Auftrag" in § 677 ist jedoch nicht im technischen Sinne, sondern in dem der Alltagssprache zu verstehen [4]. Mit ihm werden letztlich alle schuldrechtlichen Vereinbarungen erfaßt, auf Grund derer der Geschäftsherr vom Handelnden diese Handlung fordern kann [5]. Der systematische Zusammenhang zeigt, daß als sonstige Berechtigung schuldrechtlich begründete Rechte und Pflichten nicht in Betracht kommen; es verbleiben damit nur gesetzliche Berechtigungen [6].

---

1) DVBl 1965, 893 ff. - Die Auffassung Kuhlenbecks (JW 1909, 121), es handle sich bei dem Merkmal um eine Negativabgrenzung des objektiv fremden Geschäfts, hat keine Gefolgschaft gefunden. Bei der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, das objektiv fremde Geschäft habe keine materiellrechtliche Funktion im Rahmen der GoA, ist sie bedeutungslos.

2) ZB Staudinger-Nipperdey, 14 zu § 677; Einzelheiten s. unten S 83 ff.

3) genauer unten S 86 ff.

4) vgl. Prot II, S 726; Staudinger-Nipperdey, 11 zu § 677; Lent, Geschäftsführung, S 161.

5) Statt vieler Staudinger-Nipperdey, aaO; siehe auch Lent, aaO.

6) Dabei soll nicht übersehen werden, daß die Grenze zwischen Auftrag und sonstiger Berechtigung nicht unbedingt so scharf zu ziehen ist, etwa weil atypische Verträge vielleicht doch als Berechtigung, nicht als Auftrag anzusehen sind. In der Verteilung der Gewichte wäre der im Text vertretbare Standpunkt jedenfalls aufrecht zu erhalten.

Weitere Klärung bringt ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 677. In § 749 E I hieß es noch "Amtspflicht". Gedacht war hierbei insbesondere an die Geschäftsführung gesetzlicher Vertreter sowie die von Beamten, die auf Grund ihres Amtes die Geschäfte anderer besorgten [1]. Die zweite Kommission hatte aber Bedenken gegen die Verwendung des Begriffs Amtspflicht. Er sei einerseits ungenau insoweit, als er die elterliche Gewalt nicht umfasse, andererseits läge die öffentlich-rechtliche Amtspflicht ohnedies außerhalb des Bereichs des BGB [2]. Diese Einwände führten zu der Formulierung [3], wie sie sich heute in § 677 findet. Eine sachliche Änderung gegenüber dem § 749 E I sollte darin nicht liegen [4].

"Berechtigung" wäre damit jede durch das Gesetz verliehene Befugnis, die Angelegenheiten eines anderen wahrzunehmen. Entsprechend dem damaligen Verständnis des Gesetzgebers konnte es sich hierbei auch nur um privatrechtliche Berechtigungen handeln. Im wesentlichen kommen somit die Rechte der Träger elterlicher Gewalt und die Verwalter kraft eines privaten Amtes in Betracht.

Hier ist der Punkt erreicht, an dem die eingangs gestellte Frage nach dem Sinn des Merkmals "sonstige Berechtigung" neu aufgenommen werden muß.

Wenn der GoA der Gedanke der Menschenhilfe zumindest auch zugrundeliegt, dann erscheint es zunächst unverständlich, warum diese Menschenhilfe keinen schuldrechtlichen Ausgleich finden soll, nur weil der Geschäftsführer zu seinem Handeln gegenüber dem Geschäftsherrn berechtigt ist. Allerdings könnte jene Berechtigung im Einzelfall Bestandteil einer gesetzlichen Regelung sein, welche das Rechtsverhältnis zwischen dem "Geschaftsführer" und dem "Geschäftsherrn" abweichend von den Bestimmungen der §§ 677 ff ausgestaltet. Soweit hier der Gesetzgeber besondere Interessenlagen berücksichtigt oder besondere Gestaltungsvorstellungen verwirklicht hat [5], würde eine gleichzeitige Anwendung der §§ 677 ff die Verwirklichung der im Gesetz verankerten rechtspolitischen Vorstellungen und Interessenbewertungen vereiteln. Ein Ausschluß der

---

1) Vgl. Mot II, S 856.

2) Prot II, S 726.

3) Vorgenommen offenbar durch die Redaktions-Kommission.

4) Vgl. Prot II, S 726, 1. Absatz nach der Mitteilung der Anträge. Die Stelle ist allerdings nicht sehr klar.

5) Etwa im Verhältnis der Eltern zum Kind bei der Ausübung elterlicher Gewalt oder im Verhältnis des Konkursverwalters zum Gemeinschuldner mit dem Vergütungsanspruch des ersteren nach § 85 KO; vgl. auch Neuffer, S 93.

§§ 677 ff wäre hier sinnvoll. Betrachtet man das Merkmal des "Auftrags", der vertraglichen Berechtigung also, so kann man dieselben Überlegungen anstellen. Die Anwendung der §§ 677 ff kann nicht ausgeschlossen sein, weil die auf Grund Vertrages gewährte Hilfe weniger billigenswert oder schutzwürdig erscheint. Entscheidend muß vielmehr sein, daß der - abweichenden - privatautonomen Gestaltung des Schuldverhältnisses der Vorrang vor einer gesetzlichen Regelung gebühren soll.

Dieser einzig beachtlich erscheinende Sinn der in § 677 enthaltenen ausdrücklichen Subsidiaritätsbestimmung [1] zwingt zu einer teleologischen Reduktion des Merkmals "sonstige Berechtigung". Nur solche Rechte und Pflichten des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn haben die Unanwendbarkeit der §§ 677 ff zur Folge, welche Bestandteil einer Regelung sind, in der das Schuldverhältnis zwischen jenen Personen in besonderer Weise [2] ausgestaltet ist [3].

II. Die Pflicht aus § 330c StGB als sonstige Berechtigung

Nach allgemeiner Ansicht schließt das Bestehen der in § 330c StGB vorausgesetzten Beistandspflicht nicht aus, daß zwischen dem Hilfsbedürftigen und dem Helfer das Schuldverhältnis der GoA entsteht [4]. Begründet wird dies damit, jene Pflicht - aus der offenbar nach allgemeinen Grundsätzen ein Eingriffsrecht folgen soll [5] - bestehe zwar gegenüber dem Geschäftsherrn, sei aber nur allgemeiner Art und daher unbeachtlich [6]. Zudem zeige die Regelung des § 680, daß

---

1) Zu der stillschweigenden Subsidiarität vgl. S 106 ff.

2) Die Frage, was gilt, wenn die Ausgestaltung jener der §§ 677 ff entspricht oder wenn auf letztere Vorschriften verwiesen wird, ist ohne tatsächliche Bedeutung.

3) Im Ergebnis ebenso Baur, DVBl 1965, 894; Neuffer, S 42, 93; wohl auch Enneccerus-Nipperdey, § 165 III 3 (S 700).

4) Soergel-Mühl, 1 vor, 10 zu § 677; Erman-Hauß, 2 d vor § 677; Staudinger-Nipperdey, 14 zu § 677; Neuffer, S 95 f mwN; v. Caemmerer, NJW 1963, 1403; Enneccerus-Nipperdey, § 165 III 3 (S 700); Gursky, JurA 1969, 107 (ZR 39); Canaris, JZ 1963, 659. Die Rechtsprechung geht hiervon stillschweigend aus, vgl. etwa RG Gruchot 52, 997; RGZ 167, 85; BGHZ 33, 251; 40, 28; 55, 207; BayObLGZ 1968, 200; OLG Tübingen MDR 1950, 160.

5) Vgl. S 79 FN 2.

6) Soergel-Mühl, Staudinger-Nipperdey, Neuffer, Gursky, Canaris, sämtliche aaO; wohl auch Weimar MDR 1964, 822.

für die in § 330c StGB erfaßten Fälle auch die §§ 677 ff anwendbar sein müßten [1].

Diese Begründung überzeugt nicht. Es ist schon zweifelhaft, ob § 330c StGB überhaupt eine Verpflichtung gegenüber dem Hilfsbedürftigen enthält. Bezweckt nämlich die Vorschrift nicht den Schutz des einzelnen, sondern ausschließlich den der Allgemeinheit [2], der humanen Solidarität [3], dann kann auch der Handelnde nicht dem Hilfsbedürftigen rechtlich verpflichtet sein.

Selbst wenn man sich aber auf den Standpunkt der Mindermeinung stellt, die annimmt, der einzelne sei geschützt [4], und daraus eine ihm gegenüber bestehende Verpflichtung folgert, bliebe das Eingriffsrecht in einigen Fällen zweifelhaft. Die Hilfeleistungspflicht entfällt nämlich, wenn der Inhaber eines disponiblen Rechts der Hilfe widerspricht [5]. Daher scheint die Rechtfertigung des Eingriffs, soweit der Rechtsinhaber nicht widerspricht, nicht auf § 330c StGB, sondern auf dem Gedanken der mutmaßlichen oder auf der tatsächlichen Einwilligung des Berechtigten zu beruhen. Es wäre nun zu prüfen, ob die Folgerung der hM, aus der Eingriffspflicht ergebe sich das Eingriffsrecht, von Wert ist, oder ob nicht vielmehr in § 677 die Pflicht dem Recht gleichgestellt werden kann. Erst wenn man letzteres bejaht, kann der Frage nach der sonstigen Berechtigung nähergetreten werden.

Auf der Grundlage der hier vertretenen Ansicht [6] ergeben sich für die Beantwortung dieser Frage keine Schwierigkeiten. Da § 330c StGB nicht Bestandteil einer besonderen Regelung [7] der Rechtsverhältnisse zwischen dem Helfer und dem

---

1) Neuffer aaO.

2) HM, zB Dütz NJW 1970, 1824 f mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes.

3) So die Formulierung Maurachs, BT, § 51 IB (S 468).

4) So zB RG DR 1940, 2063; weitere Nachweise bei Dütz, aaO. Auch die in FN 6 S 83 Genannten müßten davon ausgehen.

5) Dazu Schönke-Schröder, 26 zu § 330c StGB, 92a vor § 1 StGB. Beispiel für eine fehlende Dispositionsbefugnis: Der Eigentümer und alleinige Bewohner eines brennenden Hauses in einer Wohngegend will nicht, daß Helfer löschen. Vgl. § 308 StGB.

6) Oben S 83.

7) Sollte die hM dies unter der "besonderen Pflicht" verstehen (vgl. S 81), ist ihr allerdings insoweit zuzustimmen. Möglicherweise beruht dieser Begriff auch darauf, daß der frühere § 553a RVO, der die Hilfeleistung bei Unglücksfällen betraf, wegen der Einfügung des § 330c in das StGB einen neuen Wortlaut erhielt (G. vom 17.2.1939-RGBl I S 267). Hing die Gewährung der Unfallversicherung bis dahin ua davon ab, daß jemand "ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein" Hilfe leistete, so hieß es nun "ohne besondere rechtliche Verpflichtung".

Hilfsbedürftigen ist, können die §§ 677 ff nicht wegen Subsidiarität ausgeschlossen sein. Gleiches gälte für ein Eingriffsrecht, das durch eine mutmaßliche oder tatsächliche Einwilligung geschaffen wurde. Im Ergebnis kann daher dahinstehen, ob § 330c StGB überhaupt den Einzelnen schützt [1].

Angesichts dieser Rechtslage könnte der Hinweis auf § 680 [2] nur den Wert einer Hilfsbegründung haben. Aber auch das trifft nicht zu. Richtig ist zwar die Annahme, § 330c StGB betreffe solche Fälle der Nächstenhilfe, wie sie auch von § 680 erfaßt werden. Zutreffend ist ebenfalls, daß § 680 den Willen des Gesetzgebers zeigt, gerade diese Fälle der GoA zu unterstellen.

Bei der Argumentation wird jedoch nicht hinreichend beachtet, daß § 330c erst nach dem Inkrafttreten des BGB in das Strafgesetzbuch Eingang fand [3]. Der bis dahin geltende § 360 Nr 10 StGB betraf die Nichtbefolgung einer polizeilichen Aufforderung, bei einem Unglücksfall oder gemeiner Gefahr Hilfe zu leisten. Der Strafgrund dieser Bestimmung lag letztlich nur in der Mißachtung obrigkeitlicher Anweisungen [4]. Zu Recht bemerkt Gallas hierzu, die Verpflichtung, dem Nächsten zu helfen, sei dem Gesetzgeber entsprechend dem liberalen Zeitgeist als eine Frage der Moral, nicht aber des Rechts erschienen [5]. Von daher gesehen konnte § 360 Nr 10 StGB für die Verfasser des BGB als Pflicht und Berechtigung iSd § 677 keine Rolle spielen.

Durch die Einfügung des § 330c in das Strafgesetzbuch könnte sich aber die Situation gewandelt haben. Mit dem Fortfall der behördlichen Aufforderung als Tatbestandsmerkmal wurde die ethische Hilfeleistungspflicht auch rechtlich relevant. Das führte auch dazu, daß die Frage, ob die Hilfeleistung bei Unglücksfällen Ansprüche aus GoA auslösen konnte, neu überdacht werden mußte [6]. Ent-

---

1) Gegen die in dieser Frage hM scheint allerdings ein bisher in der Diskussion nicht verwendetes Argument zu sprechen, nämlich die Möglichkeit des Opfers, durch seine Weigerung die Hilfeleistungspflicht entfallen zu lassen (vgl. Vorseite). Es ist zweifelhaft, ob damit die Vorstellung vereinbar ist, geschützt sei in § 330c StGB nur die Allgemeinheit.

2) So zB Neuffer, S 95 f.

3) Durch Art 9 des Gesetzes v. 28. Juni 1935 (RGBl. I 839) die heutige Fassung geht auf das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 53 (BGBl. I S 735) zurück.

4) Gallas, S 346.

5) AaO; ebenso Maurach BT § 51 I A (S 467).

6) Vgl. die Ausführungen Féaux-de-la-Croix in JW 1939, 457 ff, insbes. 461.

scheidend war und ist, ob mit der Statuierung einer allgemeinen Hilfeleistungspflicht in § 330c StGB auch das Verhältnis zwischen Helfer und Hilfsbedürftigem abschließend geregelt sein sollte. Das Argument aus § 680 vermochte daher nur Bedeutung zu haben gegenüber der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB gültigen Regelung von § 360 Nr 10 StGB. Für § 330c StGB jedoch ist es ohne Belang, da es dem Gesetzgeber nicht verwehrt gewesen wäre [1], hier eine neue "Berechtigung" zu schaffen.

III. Dem Geschäftsherrn gegenüber berechtigte oder verpflichtete öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte

Ob und inwieweit die oben gefundenen Ergebnisse auch gelten, wenn ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt dem privaten Geschäftsherrn gegenüber zu der vorgenommenen Handlung berechtigt war, soll nachfolgend am Beispiel eines Urteils des BayObLG [2] erörtert werden. Ein Polizist hatte den Selbstmordversuch der Beklagten bemerkt. Er war über einen Zaun gesprungen, um über Funk einen Krankenwagen zu rufen. Beim Sprung verletzte er sich und blieb längere Zeit dienstunfähig. Der klagende Freistaat Bayern verlangte ua aus eigenem Recht, und zwar aus GoA, von der Beklagten Erstattung der während dieser Zeit weitergezahlten Dienstbezüge sowie der Unfallfürsorgeleistungen. Das BayObLG verneint diesen Anspruch. Es sieht die Beklagte als Störer und das Verhalten des Polizisten als (Versuch einer) Ersatzvornahme an. In den §§ 57 ff bayPAG sei die Erstattungspflicht von Störern und Nichtstörern wegen der notwendigen Aufwendungen geregelt. Für einen Rechtsstreit hierüber seien nach § 59 II bayPAG die Verwaltungsgerichte zuständig. Diese Regelung wäre nun nach Ansicht des BayObLG "wenig sinnvoll", wenn die Polizei daneben noch die Aufwendungen, die sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte, vor den Zivilgerichten [3] aus bürgerlichrechtlicher GoA einklagen dürfte [4].

Die erste Frage, die sich in Fällen dieser Art stellt, ist eigentlich, ob hier nicht

---

1) Die Bedenken, die aus der gesetzlichen Systematik folgen, außer Betracht gelassen.

2) BayObLGZ 1968, 200 = NJW 1968, 920.
Die Entscheidung ist ausführlich von Maurer, JuS 1970, 561 besprochen worden.

3) Die Zuständigkeit der Zivilgerichte läßt das BayObLG letztlich offen, vgl. BayObLGZ 1968, 203.

4) Zum gesamten BayObLGZ 1968, 202; eine ähnliche Argumentation findet sich in BVerwGE 10, 282, 290.

nur eine öffentlich-rechtliche GoA vorliegen könnte und welche materiellrechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen wären. Es entspricht heute [1] gesicherter Auffassung, daß es eine öffentlich-rechtliche GoA gibt [2]. Höchst umstritten ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen sie vorliegt. Dabei geht der Streit meist darum, ob auftraglose Geschäftsführung im öffentlichen Recht ausschließlich auf der Ebene der Koordination [3], also zwischen Verwaltungsträgern, möglich, ob sie gerade hier unzulässig ist und nur subordinationsrechtlich [4] erfolgen kann oder ob sie für beide Fälle zuzulassen ist [5]. Das alles soll hier auf sich beruhen. Unbestritten finden die §§ 677 ff auf die öffentlich-rechtliche GoA entsprechende Anwendung [6]. Der rechtliche Unterschied zwischen der zivilrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen GoA liegt dann nur darin, daß bei letzterer die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet ist [7]. Das braucht hier jedoch nicht weiter zu interessieren.

Nachzugehen ist jedoch der Frage, ob das Gericht nicht bereits den Tatbestand des § 677 als nicht erfüllt ansehen mußte, weil die Polizei zum Eingreifen berechtigt und verpflichtet war; die Ausführungen über den Sinn von Ansprüchen

---

1) Zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die regelmäßig - siehe aber auch RGZ 133, 301, 306 f - zivilrechtliche Ansprüche annahm, vgl. Féaux-de-la-Croix JW 1939, 457 ff und Moebis, S 38 ff; weitere Nachweise bei H. H. Klein, DVBl. 1968, 129 (FN 9), Tiedau DÖV 1952, 164, 166 f.

2) BVerfGE 18, 429, 436; BVerwG DVBl. 1956, 375; OVG Lüneburg, OVGE 18, 384 f; Bay VGH Verw Rspr 21, Nr 99 (S 397); Wolff I, § 44 I b 5; Merk, S 1695 ff; H. H. Klein, DVBl. 1968, 166 mwN (FN 72); Maurer JuS 1970, 562; Schack JZ 1966, 640, 641.

3) So OVG Münster, Landgemeinde 1962, 22; OVG Münster VerwRspr 7, Nr 159 (S 743, 746); Rietdorf DÖV 1966, 253 f.

4) H. H. Klein, DVBl. 1968, 168 ff, ähnlich Maurer, JuS 1970, 565.

5) Aus der Rechtsprechung vgl. BVerwGE 10, 282 und BVerwG DVBl. 1956, 375; OVG Lüneburg - III. Senat - OVGE 18, 384 f, zweifelnd dagegen OVG Lüneburg - I. Senat - VerwRspr 15, Nr 237 (S 799 f); aus dem Schrifttum Wolff I, § 44 I b 5; Hurst DVBl. 1965, 759.

6) Vgl. die in FN 3 genannten mwN. Zu den Problemen, die allgemein bei der Übertragung von zivilrechtlichen Vorschriften auf das öffentliche Recht bestehen, siehe Middel, S 57 - 93.

7) Dazu Redeker - von Oertzen, 10 zu § 40 VwGO; H. H. Klein, DVBl. 1968, 169; Baur, DVBl. 1965, 896.

aus GoA neben solchen aus den §§ 57 ff bayPAG wären dann überflüssig gewesen.

Schreitet eine Verwaltungsbehörde im Wege der Ersatzvornahme rechtmäßig gegen einen Störer ein - von diesen Voraussetzungen geht das BayObLG aus [1] - so ist ihr Verhalten eben auch gegenüber dem Störer berechtigt [2].

In anderen Fällen wird man sogar eine Verpflichtung gegenüber Einzelpersonen annehmen können, etwa wenn ein subjektives öffentliches Recht des Einzelnen auf ordnungsbehördliches bzw. polizeiliches Eingreifen [3] besteht [4]. Bei dieser Sachlage muß geprüft werden, ob das Recht oder die Pflicht zum Eingreifen gegenüber dem Geschäftsherrn als "sonstige Berechtigung" iSd § 677 anzusehen und eine GoA daher zu verneinen ist. Wie ausgeführt [5], kann das nur dann angenommen werden, wenn die gesetzliche Regelung der Rechte oder Pflichten das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn abschließend erfassen soll [6].

Auf den Sachverhalt, welcher der Entscheidung des BayObLG zugrundelag, übertragen, bedeutet dies, daß gefragt werden muß, ob die §§ 57 ff bayPAG das Verhältnis zwischen Polizei und Störer auch in Ansehung der polizeilichen Aufwendungen abschließend regeln. Das kann unschwer bejaht werden. Hierfür spricht insbesondere die Beschränkung der Erstattungspflicht des Störers auf die notwendigen besonderen Aufwendungen in § 58 bayPAG. Es erschiene jedoch

---

1) Vgl. insbesondere aaO, S 202.

2) Das gälte selbstverständlich in gleicher Weise, wenn es sich nicht um eine Ersatzvornahme, sondern um die Ausübung von unmittelbarem Zwang handelte.

3) Dieses subjektive öffentliche Recht ist heute, wenn auch mit gewissen Einschränkungen, grundsätzlich anerkannt. Dazu ausführlich Rupp, S 268 ff mwN; zum subj. öff. Recht als Leistungsanspruch Henke, S 111 ff.

4) Ein solcher Sachverhalt wird in der Literatur im Zusammenhang mit der öffentlich-rechtlichen GoA, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Die Diskussion geht vielmehr meist um die Frage, ob bei einer rechtmäßigen Ersatzvornahme, wie im Ausgangsfall, Ansprüche aus GoA gegen den Störer gegeben sind. Für die rechtswidrige Ersatzvornahme wird das jedenfalls zum Teil bejaht, da sie keine Berechtigung darstelle. Nachweise zum Streitstand bei Wolff III, § 160 Id 2; Tiedau, DÖV 1952, 167 f.

5) S 80 ff, 83.

6) Das verkennt Maurer, JuS 1970, 562, der offenbar jede Berechtigung ausreichen lassen will.

auch schon die Tatsache ausreichend, daß überhaupt eine Regelung des Aufwendungsersatzanspruchs im bayPAG erfolgt. Die Eingriffsrechte, die das bayPAG der Polizei gegenüber dem Störer gibt, sind daher "sonstige Berechtigungen" iSd § 677 [1]. Somit fehlt es bereits an den Voraussetzungen einer GoA. Das BayObLG ist zwar zu dem richtigen Ergebnis gekommen. Seine Begründung aber, in der offenbar die Regelung des bayPAG als spezieller gegenüber der allgemeinen der GoA angesehen wird, ist unzutreffend [2]. Bilden die §§ 57 ff bayPAG eine abschließende Regelung, dann liegt der Tatbestand des § 677 nicht vor [3]. Sind sie es nicht, so können beide Ansprüche nebeneinander bestehen. Es ist dann auch nicht ersichtlich, warum das bayPAG lex specialis sein soll [4].

Die bisherigen Erörterungen betreffen das öffentlich-rechtliche Rechtssubjekt, das zu der Handlung durch seinen Organwalter dem Geschäftsherrn gegenüber berechtigt oder verpflichtet ist. Eng damit verbunden ist die Frage, ob in einem solchen Fall zwischen dem Organwalter und dem Geschäftsherrn das Schuldverhältnis der GoA zustandekommen kann. Das BayObLG hat dies im Ausgangsfall bei der Prüfung der von dem Polizisten an das Land abgetretenen Ansprüche grundsätzlich bejaht [5]. Es hat jedoch das Problem der "sonstigen Berechtigung" des Polizisten nicht erörtert.

Hierauf ist kurz einzugehen. Eine - eigene - GoA des Organwalters Polizist wäre ausgeschlossen, wenn auch er nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, etwa des bayPAG, gegenüber dem Geschäftsherrn berechtigt oder verpflichtet wäre. Er müßte dann aber über [6] das öffentlich-rechtliche Rechtssubjekt Adressat dieser Normen sein. Das ist zu verneinen. Der Verwaltungsträger erfüllt seine gesetz-

---

1) Für die rechtmäßige Ersatzvornahme hM, vgl. Maurer, JuS 1970, 565, der noch zusätzliche, hier nicht zu erörternde Gesichtspunkte anführt; Wolff I, § 44 Ib 5; H. H. Klein, DVBl. 1958, 167 mwN in FN 78; Hurst DVBl. 1965, 759; Hamann, NJW 1955, 483.

2) Das gilt ebenso für die Ausführungen des BVerwG in BVerwGE 10, 282, 290.

3) Der Ausschluß einer Norm wegen Spezialität setzt das Vorliegen sowohl des allgemeinen als auch des besonderen Tatbestandes voraus.

4) Ebenso Maurer, JuS 1970, 566.

5) BayObLGZ 1968, 203 ff.

6) Ohne weiteres kann ausgeschlossen werden, daß sich öffentlich-rechtliche Vorschriften, die das Außenverhältnis des Hoheitssubjekts zum Bürger betreffen, an den Verwaltungsträger und daneben auch an diesen Organwalter wenden. Siehe auch die folgende FN.

lichen Verpflichtungen durch seine Organwalter. Eine Delegation der Pflichten auf diese ist insoweit ausgeschlossen. Wohl können die gesetzlichen Bestimmungen inhaltlich auf die Rechtsstellung des Organwalters gegenüber dem Staat einwirken. Die Pflichten des Organwalters bleiben jedoch auch dann solche des Innenverhältnisses [1]. Sie können daher keine "sonstige Berechtigung" gegenüber dem Geschäftsherrn sein [2].

Ergebnis der hier geführten Untersuchung ist somit, daß sich die Frage nach der "sonstigen Berechtigung" bei einem verpflichteten öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekt nicht anders beantwortet als beim privatrechtlichen. Für den Organwalter ist dieses Problem insoweit nicht relevant, da er durch öffentlich-rechtliche Normen, die das Außenverhältnis betreffen, nicht dem privaten Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet wird.

§ 11: GoA BEIM BESTEHEN EINER VERPFLICHTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS GEGENÜBER DRITTEN

Der Schluß e contrario § 677 scheint schon die Frage zu beantworten, ob die Vorschriften über die GoA anwendbar sind, falls der Geschäftsführer zu seinem Handeln verpflichtet war, ohne daß eine Berechtigung gegenüber dem Geschäftsherrn bestand. Da nur die Berechtigung gegenüber dem Geschäftsherrn als Negativvoraussetzung in § 677 genannt ist, müßten die §§ 677 ff anwendbar sein, sofern der Geschäftsführer einem Dritten auf Grund Vertrages die Handlung schuldete. Gleiches hätte zu gelten, wenn eine gesetzliche Verpflichtung des Geschäftsführers nicht berechtigend oder verpflichtend in seinem Verhältnis zum Geschäftsherrn wirkte [3].

Diese Auffassung wird zunächst bestätigt durch die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen über die GoA im BGB. In § 760 E I hieß es: "Wenn jemand ein

---

1) AA möglicherweise BayObLGZ 1968, 204. - Eine Begründung im einzelnen muß hier unterbleiben. Vgl. aber die Ausführungen bei Jellinek, S 80 f und Rupp, S 19 ff, insbesondere S 34 ff, wo auch auf möglicherweise aus § 839 folgende Einschränkung eingegangen wird.

2) Eine andere Frage ist, ob der Organwalter überhaupt aus dem staatlichen Organismus "heraustreten" und in seiner Rolle als Privatmann tätig werden kann. Vgl. dazu S 149 ff.

3) Wenn im folgenden Text vom verpflichteten Geschäftsführer die Rede ist, so ist damit, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt wird, dieser und der im vorherigen Satz genannte Fall gemeint.

fremdes Geschäft im Auftrage eines Dritten besorgt, so wird ihm der Geschäftsherr und er dem letzteren aus der Geschäftsbesorgung nicht verpflichtet, es sei denn, daß er zugleich in der Absicht gehandelt hat, als Geschäftsführer des Geschaftsherrn das Geschäft zu besorgen." Hier war also für den Fall vertraglicher Verpflichtung lediglich eine Beweislastregelung in Ansehung des Geschäftsführungswillen aufgestellt [1]; die rechtliche Möglichkeit einer GoA wurde vorausgesetzt [2].

Die zweite Kommission strich jedoch die Vorschrift. Der in § 760 E I geregelte Sachverhalt gebe zwar zu Zweifeln Anlaß; wegen der geringen praktischen Bedeutung werde die Klarstellung des Verhältnisses [3] der Wissenschaft überlassen [4].

Durch diese Entscheidung der Kommission entfällt die Möglichkeit, im Wege der historisch-genetischen Auslegung Hinweise dafür zu bekommen, ob zwischen dem verpflichteten Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn das Schuldverhältnis der GoA entstehen kann. Es zeigt sich damit aber auch, daß der zu Beginn vorgenommene e contrario-Schluß zweifelhaft ist. Da die Klärung der hier interessierenden Frage der Wissenschaft überlassen bleiben sollte, betrachtet man sie offensichtlich als durch § 677 unbeantwortet. Somit fehlt es - legt man die Vorstellung der Kommission zugrunde - dort an einer abschließenden Regelung [5], welche die Folgerung des Gegenteils zuließe.

Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen meist ohne weitere Begründung von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 677 ff auf den verpflichteten Geschäftsführer aus und nehmen an, er führe ein teils objektiv eigenes, teils fremdes Geschäft [6].

1) Vgl. Mot II, 869.

2) Vgl. Mot II, 869: Die Annahme einer negotiorum gestio unterliege, sofern jene Absicht nachgewiesen sei, "keinem Bedenken". Materiellrechtlich entsprach das der ganz herrschenden Meinung im gemeinen Recht, vgl. Brückmann, S 56.

3) Gemeint ist offenbar das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn.

4) Prot II, S 741.

5) Abschließend wäre die Regelung, wenn zB die Worte "ohne von ihm beauftragt zu sein" gelesen werden müßten "ohne von ihm, aber auch nur von ihm ..."

6) Ständige Rspr; zum RG vgl. RGZ 82, 206, 214 und die Nachweise bei Rabel, RheinZ 10, 93; BGHZ 16, 12, 16; 30, 167; 40, 28, 30; BGH NJW 1969, 205 ff; aus dem Schrifttum siehe etwa Staudinger-Nipperdey, 15 ff zu § 677; Soergel-Mühl, zu § 677; BGB-RGRK-Denecke, 2 zu § 677; Palandt-Thomas, 2e zu § 677; Larenz II, § 57 I a (S 272); Helm VersR 1968, 216; weitere Nachweise bei Neuffer, S 81 (FN 3).

Es fehlt allerdings im Schrifttum nicht an Autoren, die anderer Auffassung sind. Zum Teil wird generell die Möglichkeit einer GoA in solchen Fällen geleugnet, da der Tatbestand des § 677 nicht erfüllt sei. Eine gewisse Übereinstimmung besteht bei besonderen Fallgruppen darüber, daß die §§ 677 ff, offenbar wegen ihrer Subsidiarität, unanwendbar sind. Schließlich wird vereinzelt auch auf den konkreten Sachverhalt abgestellt und die Problematik im Tatsächlichen gesehen, nämlich beim Willen und Interesse der Geschäftsherrn (§ 683).

I. Generelle rechtliche Bedenken aus § 677 gegen die Möglichkeit einer auftraglosen Geschäftsführung durch den verpflichteten Geschäftsführer

Die wesentlichen rechtlichen Bedenken gegen eine GoA zwischen dem Geschäftsherrn und einem verpflichteten Geschäftsführer lassen sich wie folgt zusammenfassen: Der verpflichtete Geschäftsführer besorge ein objektiv eigenes Geschäft, GoA scheide daher aus; es fehle die erforderliche Freiwilligkeit seines Handelns; der Geschäftsführer habe nicht den Fremdgeschäftswillen; er könne nicht die Pflichten aus den §§ 677, 681 erfüllen.

1. Das objektiv eigene Geschäft des verpflichteten Geschäftsführers

Mit geringen Abweichungen vertritt Neuffer in seiner Arbeit durchgängig die These, der Geschäftsführer führe ein objektiv ausschließlich eigenes Geschäft [1]. Die Folge soll offenbar sein, daß es nicht für den Geschäftsherrn besorgt werden könne. Völlig klar ist Neuffers Haltung in dem zuletzt genannten Punkt allerdings nicht. Einerseits spricht er ausschließlich beim neutralen Geschäft davon, es werde durch den Geschäftsführerwillen zum fremden [2]. Andererseits meint er, der verpflichtete Geschäftsführer besorge weder objektiv noch subjektiv ein fremdes Geschäft [3]; damit kann auch die Möglichkeit, ein objektiv eigenes Geschäft - subjektiv - für einen anderen zu führen, eingeräumt sein. Schließ-

---

1) Neuffer, S 14 f, 44 ff, 47 f, 63 ff, 73, 81 ff, 97; ebenso Gursky, JurA 1969, 111 (ZR 43) und möglicherweise Dorn, S 16 ff, die aber beide auch hier die Geschäftsführung für einen anderen zulassen. Weitere Nachweise bei Neuffer, S 45 (FN 4). - Entgegen Gursky (aaO) gehören nicht hierher Medicus JZ 1967, 65 und v. Caemmerer, Bereicherung, S 374.

2) Neuffer, S 27.

3) Neuffer, S 46, 97 vgl. aber auch S 84.

lich finden sich aber auch Ausführungen, in denen aus der Verneinung der objektiven Fremdheit die Unanwendbarkeit der §§ 677, 683 gefolgert wird [1].

Nachdem hier [2] die Ansicht vertreten wird, das Vorliegen eines objektiv eigenen Geschäfts schließe nicht die auftraglose Geschäftsführung für einen anderen aus, kann die Richtigkeit der Vorstellungen Neuffers dahinstehen. Materiellrechtlich ist es ohne Bedeutung, ob der verpflichtete Geschäftsführer ein ausschließlich oder ein teilweise objektiv eigenes Geschäft führt [3]; es kommt lediglich auf das Vorliegen des Fremdgeschäftswillens an.

2. Die mangelnde Freiwilligkeit

Gegen die Anwendbarkeit der §§ 677 ff auf den verpflichteten Geschäftsführer wird manchmal vorgebracht, mit der GoA sollten nach dem Willen des Gesetzes nur die Fälle der freiwilligen Menschenhilfe erfaßt werden [4]. Diese Freiwilligkeit fehle eben demjenigen, dessen Handeln durch das Bestehen einer Pflicht vorgeschrieben sei [5]; stillschweigend wird dabei aber die Pflicht nach § 330c StGB als Ausnahme behandelt [6].

Sucht man nach einem dogmatischen Standort des Merkmals "freiwillig", so bleiben nach der hier vertretenen Auffassung nur zwei Möglichkeiten. Entweder ist die Freiwilligkeit eine Eigenschaft des Geschäftsführerhandelns oder eine des Geschäftsführungswillens.

Die Handlung scheidet hierbei aus. Zwar ist eine Handlung im rechtlichen Sinne

---

1) Neuffer, S 110.

2) Vgl. oben S 65 ff.

3) Möglicherweise spielte die Frage in anderem Gewand bei der hier nicht interessierenden Feststellung des Aufwendungsersatzes eine Rolle, vgl. S 65, 38 f.

4) Zur methodischen Einordnung des Bedenkens siehe unten S 98 f.

5) Roth-Stielow, NJW 1957, 489; ihm folgend Deutsch, AcP 165, 201; ähnlich Neuffer, S 45, 46; Zeiss, FamRZ 1967, 532, 533; ebenso bereits Lasker, S 46 ff.

6) Vgl. Neuffer, S 95 f, der bei den Erörterungen zu § 330c StGB die Frage der Freiwilligkeit nicht erwähnt, aber aus dem Sinn der GoA die Anwendbarkeit der §§ 677 ff auf den pflichtgemäß Handelnden folgert.

nach hM ein vom Willen beherrschtes, jedenfalls beherrschbares Verhalten [1]. Es kann jedoch nicht bezweifelt werden, daß diese Willensherrschaft durch das Bestehen einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht unbeeinträchtigt bleibt. Aber auch als Teil des Geschäftsführungswillens, des Willens also, dem anderen zu nützen, kommt die Freiwilligkeit nicht in Betracht. Sie kann hier höchstens vorgelagert sein im Sinne eines Motivs. Die entscheidende Frage ist somit, ob die Regeln der GoA nur Anwendung finden können, wenn der Geschäftsführer sich nicht durch das Bestehen einer Pflicht zum Handeln veranlaßt gesehen hat.

An dieser Stelle ist eine Klarstellung erforderlich. Es kann hier nicht darum gehen, inwieweit die §§ 677 ff infolge ihrer Subsidiarität oder wegen des Vorrangs speziellerer Regelungen verdrängt werden. Die Freiwilligkeit charakterisiert vielmehr nur das Motiv des Geschäftsführers, nicht wegen einer Verpflichtung zu handeln; hierfür den Begriff "freiwillig" zu verwenden, erscheint allerdings nicht sonderlich glücklich [2].

Am deutlichsten läßt sich diese Trennbarkeit der Fragen beobachten, wenn der Geschäftsführer sich auf Grund Auftragsvertrages mit dem Geschäftsherrn zur Handlung verpflichtet glaubt, der Vertrag jedoch nichtig ist. Hier müßte eine GoA, obwohl sämtliche Voraussetzungen des § 677 vorliegen, entgegen der herrschenden Auffassung [3] an der fehlenden Freiwilligkeit scheitern [4].

---

1) So jedenfalls der kausale Handlungsbegriff, vgl. Larenz AT, S 68 ff, insbesondere S 70.
Zum finalen Handlungsbegriff, für den die weiteren Ausführungen im Text erst recht gelten, siehe Larenz, aaO und Larenz, Rechtswidrigkeit, S 176 ff.

2) Im Strafrecht etwa hat der Begriff einen anderen Inhalt. Der dort als freiwillig bezeichnete Rücktritt vom nicht beendeten Versuch setzt die Aufgabe der Handlung voraus, ohne daß der Täter an der Ausführung durch Umstände gehindert wurde, "welche von seinem Willen unabhängig waren" (§ 46 Nr 1 StGB). Die Freiwilligkeit wird hier nur durch heteronome Motive des Täters beseitigt; dazu gehört unbestreitbar nicht die Befolgung einer Rechtspflicht. Es wäre sonst kein Rücktritt freiwillig, da der Handelnde eben auch verpflichtet ist, den strafbaren Erfolg nicht herbeizuführen.

3) ZB BGHZ 37, 258, 263; 39, 87, 90; Staudinger-Nipperdey 12 zu § 677; umfangreiche Nachweise bei Neuffer, S 64 FN 1.

4) Konsequenterweise Lasker, S 46 ff; im Ergebnis auch Neuffer, S 64 ff, der jedoch hauptsächlich darauf abstellt, der Geschäftsführer wolle hier ein objektiv eigenes Geschäft führen.

Weder der Wortlaut der §§ 677 ff noch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften können genauen Aufschluß darüber geben, ob der Geschäftsführer allgemein freiwillig handeln müsse. Zwar hätte es nahe gelegen, in § 677 nicht vom fehlenden Auftrag, sondern von der fehlenden Freiwilligkeit zu sprechen, falls dies gewollt gewesen wäre. Zwingend ist eine solche Überlegung aber nicht. Unrichtig dagegen ist die Folgerung Roth-Stielows [1], aus der Verwendung der Wörter "Menschenhilfe" und "Liebespflicht" in den Motiven ergebe sich, daß der Gesetzgeber nach seinem ausdrücklichen Willen nur die freiwillige Hilfe von Mensch zu Mensch erfassen wollte. Er übersieht dabei, daß gerade die 1. Kommission den verpflichteten Geschäftsführer in § 760 E I den Regeln der GoA zu unterstellen beabsichtigte [2]. Auch das von ihm aus den Motiven angeführte Beispiel, die GoA scheide aus, wenn eigenes und fremdes Geschäft untrennbar verbunden seien, besagt über die Freiwilligkeit nichts. Dieser Fall ist dort nämlich nur als für ein Gemeinschaftsverhältnis exemplarisch genannt; er wird den vorrangigen Vorschriften der Gemeinschaft unterstellt [3].

Die Haltung der 1. Kommission zur Handlungsmotivation des Geschäftsführers läßt sich nicht nur auf Grund des angeführten § 760 E I mutmaßen. Sie liegt vielmehr sogar formuliert vor in der Begründung zu dem später als entbehrlich gestrichenen § 759 E I. Zu der dort bejahten Anwendbarkeit der Vorschriften über die GoA auf einen Geschäftsführer, der durch ein eigenes Interesse zur Geschäftsbesorgung bestimmt wurde, heißt es: "Ist auch das Rechtsinstitut der negotiorum gestio nicht zu dem Zwecke eingeführt, um die Besorgung fremder Geschäfte in egoistischer Absicht zu fördern, so würde doch ..... (ein Ausschluß der GoA) ..... dem ..... inneren Motiv des Handelns eine Bedeutung beilegen, welche demselben im Rechtsverkehre nicht zukommt" [4]. Diese Aussage scheint im Hinblick auf den Gedanken der Freiwilligkeit auch die Regelung des § 760 E I und damit die Zulassung des verpflichteten Geschäftsführers zu decken. Das mag jedoch dahinstehen. Ein Zurückgreifen auf allgemeine Grundsätze zeigt nämlich, daß das Merkmal der Freiwilligkeit als Ausnahmekriterien eine Regelung in den §§ 677 ff hätte erfahren müssen. Im Schuldrecht gibt es keinen Hinderungsgrund dafür, daß derjenige, der auf Grund Vertrages eine Leistung an einen Dritten erbringen soll, nicht ebenfalls einen auf dieselbe Leistung gerichteten Vertrag mit dem Dritten schließt und ihn auch erfüllt. Selbst das vertraglich vereinbarte Verbot, mit einem Dritten zu kontrahieren - etwa in Form einer Alleinverkaufsabrede - würde daran nichts ändern. Daß

---

1) NJW 1957, 489.

2) Siehe oben S 90 f.

3) Mot II, 868.

4) Mot II, 868; ähnlich die Begründung der Streichung in Prot II, 741.

nun bei der Übernahme der GoA jene besondere Freiwilligkeit erforderlich sein soll, beim Abschluß des Vertrages mit dem Dritten und bei der Erfüllung dieses Vertrages dagegen nicht, bedürfte einer Begründung. Im Gesetz findet sie sich nicht.

Selbst wenn man die GoA nicht als minus oder Auffangtatbestand zu den Geschäftsbesorgungsverträgen, sondern als ein aliud betrachtet [1], ändert das nichts. Denn es wäre auch dann darzutun, weshalb die Abschlußfreiheit für Verträge weiter geht als die Handlungsfreiheit bei Vornahme einer GoA.

3. Fehlender Geschäftsführungswille

Der Geschäftsführungswille, der in einer Kurzform als Wille, einem anderen zu nützen, definiert wurde, scheint im gegebenen Zusammenhang keine Rolle zu spielen. Wie jeder andere Geschäftsführer kann auch der gesetzlich oder vertraglich verpflichtete erkennen und bejahen, daß sein Verhalten einem Dritten zum Vorteil gereicht.

Die hiergegen insbesondere von Neuffer erhobenen Einwände halten einer Nachprüfung nicht stand. Ob der vertraglich oder gesetzlich Verpflichtete "in erster Linie" seinen Verpflichtungen nachkommen will [2], ist eine Frage des Einzelfalls, deren Beantwortung über die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten des Geschäftsführers keine Aussagen zuläßt. Ähnliches gilt auch für das weitere Argument, die Vermutung des Geschäftsführungswillens sei hier nicht zulässig [3]. Diese Auffassung kann richtig sein [4], setzt aber, was auch Neuffer nicht verkennt, die Möglichkeit des Fremdgeschäftswillens voraus. Nur um diese geht es jedoch.

Die Folgerung Neuffers, die Erfüllung einer Vertragspflicht stelle in subjektiver Hinsicht keine auftraglose Geschäftsführung dar [5], wird durch seine oben mitgeteilten Darlegungen nicht gedeckt. Er bleibt darüber hinaus die Antwort auf eine wesentlich erscheinende Frage schuldig, nämlich die, woraus sich die rechtliche Priorität des Erfüllungswillens gegenüber dem Geschäftsführerwillen erklären soll.

---

1) So Neuffer, S 64 f.
2) Neuffer, S 84 zur vertraglichen und S 97 zur gesetzlichen Pflicht; ähnlich Medicus, FamRZ 1971, 252.
3) Neuffer, S 84 f.
4) Dazu unten S 119 ff.
5) Neuffer, S 85.

4. Pflichtenkollision des Geschäftsführers

Auf die Möglichkeit einer Pflichtenkollision des Geschäftsführers wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen, als es um den Kreis der durch ein Geschäft objektiv Betroffenen ging [1]. Hier taucht dasselbe Problem auf, wenn auch in anderem Gewande. Verschiedentlich wird eine GoA des verpflichteten Geschäftsführers für unmöglich gehalten, weil der Geschäftsführer sich sonst in der unlösbaren Schwierigkeit befinde, die vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtungen und daneben die aus der GoA erfüllen zu müssen [2]. Boehmer [3] bringt als Beispiel den Behandlungsvertrag, den ein Ehemann zugunsten seiner Frau mit einem Arzt schließt. Er meint, die Annahme einer gleichzeitigen auftraglosen Geschäftsführung des Arztes für die Frau wäre ein "Unding"; denn der Geschäftsführer sei dann dem Ehemann aus Vertrag, der Ehefrau aus den §§ 681 Satz 2, 666 nicht nur rechenschaftspflichtig, er müßte auch beider Weisungen folgen.

Der Auffassung, daß in solchen Fällen Interessen- und Pflichtenkollisionen entstehen können, ist zwar zuzustimmen. Die daraus gezogenen Folgerungen sind jedoch abzulehnen. Würde der Arzt im Beispielsfall auch mit der Ehefrau kontrahieren, so bestünden dieselben Probleme. Da beide Verträge wirksam wären, könnte er, wenn er einer Weisung der Ehefrau nachkäme, eine Vertragsverletzung gegenüber dem eine abweichende Weisung erteilenden Ehemann begehen. Seine hieraus möglicherweise entstehende Schadensersatzpflicht beruht letztlich darauf, daß er von seiner Vertragsfreiheit - im Sinne einer Abschlußfreiheit - mehrfach Gebrauch gemacht hat. Da er frei war, die Kollision zu vermeiden, ist es billig, ihn die Folgen des nicht vermiedenen Interessenwiderspruchs tragen zu lassen. Entsprechendes gilt für den verpflichteten Geschäftsführer. Es steht in seinem Belieben, ob er die Geschäfte des Dritten besorgen will oder nicht [4]. Sein Vertragspartner ist hier nicht schutzwürdiger als bei einer zusätzlichen vertraglichen Bindung des Geschäftsführers mit dem Dritten. Die Interessen des Dritten schließlich werden dadurch gewahrt, daß eine Geschäftsführung mit kollidierender vertraglicher Bindung möglicherweise seinem Willen nicht entspricht und wegen § 683 die Folgen einer berechtigten GoA nicht eintreten. Daher verhindert eine Pflichtenkollision nicht die Anwendbarkeit der §§ 677 ff auf den verpflichteten Geschäftsführer.

---

1) S 45 ff.

2) Boehmer, Gedanken, S 36 f, ihm folgend Neuffer, S 88 f; zur methodischen Einordnung des Bedenkens siehe unten S 98 f.

3) AaO.

4) Zur Unterscheidung dieses Willens vom Willen, den Vertrag zu erfüllen siehe unten S 100 ff.

Im Grunde ist die Unbeachtlichkeit der Pflichtenkollision auf die hier vertretene subjektivierende Betrachtung der GoA zurückzuführen, die eine Anwendung des Grundsatzes "volenti non fit iniuria" ermöglichte. Würde das objektiv fremde Geschäft abschließend den Geschäftsherrn bestimmen, so wäre jedoch wohl anders zu entscheiden [1]. Von daher ist auch das Unbehagen des BGH zu verstehen, im "Tankwagenfall" [2] eine auftraglose Geschäftsführung der Gemeinde für die Haftpflichtversicherung des verunglückten Lastzuges anzunehmen. Irritierend ist allerdings, daß der BGH die Pflichten des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn nur hier als Argument gegen eine GoA anführt [3]; der Tankwagenhalter soll dagegen Geschäftsherr sein können.

5. Zusammenfassung und Folgerungen

Die Einwände gegen die herrschende Auffassung, nach der ein verpflichteter Geschäftsführer die Voraussetzungen der GoA gem. § 677 erfüllen kann, vermochten nicht zu überzeugen. Selbst wenn der verpflichtete Geschäftsführer ausschließlich ein objektiv eigenes Geschäft führte, könnte der Tatbestand des § 677 gegeben sein, sofern der Fremdgeschäftswille besteht. Das ist generell möglich.

Soweit die Argumentation der Mindermeinung sich auf den Gedanken der Pflichtenkollision und der fehlenden Freiwilligkeit stützt, handelt es sich methodisch gesehen darum, daß eine verdeckte Normlücke durch teleologische Reduktion ausgefüllt werden soll. Es wird nämlich der Versuch gemacht, eine Einschränkung des allgemeinen Tatbestandes von § 677 aus dem Sinnzusammenhang der §§ 677 ff und dem diesen Vorschriften zugrundeliegenden Zweck herbeizuführen [4]. Wie dargetan, entspricht die geforderte besondere Freiwilligkeit schon nicht einem Gedanken, der in der Regelung der GoA seinen Niederschlag gefunden hätte. Zudem folgt die Fähigkeit, trotz gesetzlicher oder vertraglicher Bindung eine GoA vorzunehmen, aus einem höherrangigen Prinzip, nämlich dem der Handlungsfreiheit. Entsprechendes gilt für die Möglichkeit, sich in Pflichtenkollisionen zu begeben. Eine Normlücke, das heißt eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes [5], die durch das Fehlen eines generellen Ausschlusses des

---

1) Vgl. oben S 41 ff.

2) BGHZ 54, 157; zum Sachverhalt und zur Argumentation genauer oben S 55 ff.

3) BGH, aaO, S 161.

4) Zur verdeckten Normlücke und der Ausfüllungsmöglichkeit vgl. näher Larenz, Methodenlehre, S 354 ff, 369 ff sowie Canaris, Lücken, S 82 ff, 136.

5) Larenz, Methodenlehre, S 358.

verpflichteten Geschäftsführers verursacht wäre, ist somit nicht dargelegt.

Ungeprüft bleibt im Schrifttum, ob der Dritten verpflichtete Geschäftsführer nicht deshalb für § 677 ausscheidet, weil er genauso behandelt werden müßte wie der Geschäftsführer, der dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet ist. Dies hieße, daß das Merkmal "ohne von (dem Geschäftsherrn) beauftragt oder ihm gegenüber sonst berechtigt zu sein" entsprechend [1] für ersteren gelten sollte [2]. Jedoch ist auch insoweit keine Lücke erkennbar. Die in § 677 ausdrücklich angeordnete Subsidiarität der GoA-Regeln hat ihren Grund darin, den interessengerechteren Abwicklungsbestimmungen für das Schuldverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn Raum zu geben [3]. Das damit gelöste Konkurrenzproblem tritt gar nicht auf, wenn der Geschäftsführer nur Dritten verpflichtet ist. Der Anwendung des Gleichheitssatzes zur Lückenfüllung [4] fehlt somit die Grundlage vergleichbarer Sachverhalte.

Ergebnis der angestellten Überlegungen ist daher, daß § 677 nicht einschränkend auszulegen ist und der verpflichtete Geschäftsführer auch auftraglos für einen anderen als den, dem er verpflichtet ist, handeln kann.

II. Rechtliche Bedenken gegen die Möglichkeit auftragloser Geschäftsführung durch den verpflichteten Geschäftsführer bei bestimmten Fallgruppen

Nach den bisherigen Überlegungen ist eine auftragslose Geschäftsführung des verpflichteten Geschäftsführers nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Voraussetzungen für die im dritten Teil der Arbeit zu beantwortende Frage, ob dieser Geschäftsführer auch ein objektiv fremdes Geschäft im Sinne der hM führt und inwieweit hieran eine Vermutung des Geschäftsführungswillens anknüpft, lägen damit vor. Es erscheint dennoch geraten, auf zwei Fallgruppen einzugehen, in denen möglicherweise die Anwendung der §§ 677 ff ausgeschlossen ist. Da-

---

1) Eine ausdehnende Auslegung scheidet aus, da es hier nicht mehr um den Randbereich des Merkmals geht; vgl. zur extensiven Interpretation Larenz, Methodenlehre, S 327 f.

2) Es kann offenbleiben, ob hier methodisch eine Analogie zur Ausnahme oder eine Reduktion der Regel oder beides erfolgt.

3) Vgl. oben S 83.

4) Einzelheiten bei Canaris, Lücken, S 81 ff. - Dazu, daß Lückenfeststellung und -ausfüllung bei der teleologischen Reduktion nur ein Vorgang ist, siehe Larenz, Methodenlehre, S 378 und Canaris, aaO, S 144 ff.

bei handelt es sich einmal darum, daß der Geschäftsführer auf Grund eines Vertrages zugunsten Dritter tatig wird; hier könnte die Finalität seines Handelns fehlen. Zum anderen gibt es unter Umständen verschiedene gesetzliche Vorschriften, welche die Anwendbarkeit der §§ 677 ff infolge Gesetzeskonkurrenz ausschließen. Es ist denkbar, daß damit im Ergebnis keine Möglichkeit verbleibt, GoA des verpflichteten Geschäftsführers anzunehmen, oder aber die Möglichkeiten so verringert sind, daß die weiteren Fragen ohne praktische Relevanz wären.

1. Die Zurechnung des Geschäftsführerhandelns bei vertraglicher Verpflichtung zur Leistung an den "Geschäftsherrn"

Die Probleme, die im Zusammenhang mit der GoA entstehen, wenn der Geschäftsführer auf Grund Vertrages verpflichtet ist, eine Zuwendung an einen Dritten zu erbringen, sollen an dem folgenden Beispiel erläutert werden:

> Bauunternehmer A hat sich gegenüber B verpflichtet, durch "seinen" Dachdecker C das schadhafte, Passanten gefährdende Hausdach des B zu reparieren. A schließt mit dem selbständigen C einen Vertrag, wonach dieser die Arbeit vornehmen soll. C repariert das Dach, will das aber, wie er seiner Frau erzählt hat, "auf eigene Kappe" machen.

Entsprechend dem hier behandelten Problemkreis ist die Frage zu stellen, ob C gegen B einen Anspruch aus GoA auf Aufwendungsersatz [1] hat, nachdem zwischen diesen Personen kein vertragliches Schuldverhältnis besteht. Da das Handeln des C von einem auch nach außen in Erscheinung getretenen Fremdgeschäftswillen getragen war und aus seiner Pflichtenstellung keine allgemeinen Bedenken erwachsen, scheinen die Voraussetzungen des § 677 vorzuliegen. Zweifelhaft sind Wille und Interesse des B an der Übernahme. Selbst wenn der Wille wegen § 679 unbeachtlich sein sollte, bliebe die Frage nach dem Interesse. Dieses wird letzten Endes davon abhängen, ob auch A aus dem Vertrag Zahlungsansprüche gegen B hat.

A hätte Ansprüche gegen B, sofern er den Vertrag erfüllt hat. Die Erfüllung sollte durch C geschehen, dessen sich A bei der Erfüllung bedienen wollte. Nun hatte C gar nicht den Willen, mit seinem Tun eine gegen A gerichtete Forderung zum Erlöschen zu bringen. Aus seiner Sicht ist die Situation nicht anders, als hätte er unabhängig von den Absprachen zwischen A und B auftraglos das Dach repariert - abgesehen davon, daß er nicht seinen Verbindlichkeiten gegenüber A nachkom-

---

1) Da es sich um eine berufseinschlägige Tätigkeit handelt, wäre dies nach ganz hM die übliche Vergütung, vgl. statt aller Staudinger-Nipperdey, 22 zu § 683.

men wollte. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so hat A nicht durch C erfüllt und damit keinen Werklohnanspruch [1]. Andererseits hat auch C keinen Anspruch gegen A, da er nicht seine vertragliche Pflicht erfüllte, das Dach "für" A zu reparieren; im Gegenteil muß C dem A Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung wegen des entgangenen Gewinns leisten. Im Ergebnis bestünden also nur Vergütungsansprüche des C gegen B aus GoA.

Stellt man sich jedoch auf den Standpunkt des B, so mußte das Verhalten des C als Ausführung des Vertrages zwischen A und B erscheinen. Damit hätte C die von A geforderte Erfüllungshandlung erbracht, A hätte den Werklohnanspruch gegen B und C den Anspruch gegen A. Ein Anspruch des C gegen B aus GoA würde jedenfalls an dem mangelnden Interesse (§ 683) des B an einer zur Vertragserfüllung parallel laufenden GoA des C scheitern. Allerdings könnte der Anspruch aus den §§ 677 ff bereits aus einem anderen Grunde ausgeschlossen sein, nämlich dann, wenn die Erfüllungshandlung nicht gleichzeitig Geschäftsübernahme und -durchführung sein kann. Bevor diesem Problem nähergetreten wird, muß noch geklärt werden, aus wessen Sicht in Fällen wie diesem zu beurteilen ist, ob Erfüllung eingetreten ist.

Die Frage scheint zunächst falsch gestellt. Der Streit um die rechtlichen Voraussetzungen der Erfüllung geht schließlich nur darum, ob bereits mit dem Erbringen der Leistung durch den Schuldner Erfüllung eintritt oder der Schuldner mit Erfüllungswillen handeln oder er sich sogar mit dem Gläubiger über die Erfüllung einigen muß [2]. Schließt man sich der im Schrifttum herrschenden Lehre von der realen Leistungsbewirkung an, wonach Erfüllung eintritt, wenn der Leistungserfolg durch die Leistungshandlung des Schuldners oder seines Erfüllungsgehilfen herbeigeführt wird, so tauchen wieder dieselben Probleme wie oben auf. Erfüllung wäre im Ausgangsfall eingetreten, wenn A durch C die - hier tatsächliche - Erfüllungshandlung erbracht hat. Ob C die Erfüllungshandlung für A vornahm, hängt von dem Blickwinkel ab, von dem man dies beurteilt. Auch die Einschränkung, der reale Tilgungsakt reiche aus, wenn der Bezug auf die bestimmte Schuld offenkundig ist [4], hilft nicht weiter. Sie wird offenbar im Hin-

---

1) Auf die im einzelnen umstrittenen Fragen, welche eine solche Zweckerreichung aufwirft, soll hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu etwa Esser I, § 35 I und insbesondere die Habilitationsschrift Beuthiens, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.

2) Zu den einzelnen hier vertretenen Theorien vgl. Larenz I, § 18 I (S 173 ff); Beuthien, S 281 ff; Rother, AcP 169, 26 ff; Ehmann, NJW 1969, 1833 ff.

3) ZB Larenz, aaO, mit Nachweisen in FN 1 auf S 174.

4) Larenz I, § 18 I (S 174).

blick auf § 366 gemacht. Überträgt man den Gedanken auf unseren Fall, bleibt jedoch wiederum unbeantwortet, für wen dies offenkundig sein muß.

Die Lösung kann aus der Bestimmung dessen, was Leistung ist, erfolgen. Man ist sich heute weitgehend einig, daß die bereicherungsrechtliche Leistung in einer Vermehrung fremden Vermögens besteht, mit der der Leistende dem Empfänger gegenüber einen bestimmten Zweck verfolgt [1]. Dieser Leistungszweck kann insbesondere sein die Erfüllung einer Verpflichtung und die Begründung eines kausalen Schuldverhältnisses, etwa auch das der GoA [2]. Nach nunmehr wohl hM soll in Fällen sogenannter Dreiecksbeziehungen nach objektiver Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers zu entscheiden sein, wer Leistender ist [3]. Begründet wird dies meist mit einer direkten oder entsprechenden Anwendung der Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen (vgl. §§ 133, 157); die Zweckbestimmung wird dabei als - empfangsbedürftige - Willenserklärung oder die Zweckverfolgung als Ausdruck eines tatsächlichen Willens angesehen [4]. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. In der Zweckbestimmung eine Willenserklärung zu sehen, ist nur Fiktion, die Übertragung rechtsgeschäftlicher Regelungen auf die tatsächliche Verfolgung rechtlicher Zwecke erscheint hier als nicht begründet. Zuzustimmen ist dagegen der Auffassung von Larenz. Er knüpft an die Interessenbewertung in den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen an und meint, es sei entscheidend, wann "das Vertrauen des Zuwendungsempfängers in das Vorliegen einer bestimmten Situation, zu dessen Entstehung das Verhalten des Zuwendenden mit beigetragen hat, schutzwürdig ist" [5].

Die zum Leistungsbegriff des § 812 gewonnenen Einsichten können für die Beur-

---

1) Etwa Esser II, § 101 I, II; Larenz II, § 68 I (S 404 ff) mwN in FN 1 auf S. 404; Zeiss, JZ 1963, 8; Beuthien, S 283 mwN in FN 11; Tückmantel, S 52 ff mwN in FN 199; siehe auch Kunisch, S 27 ff und Hadding, S 99 ff; der BGH - BGHZ 58, 184, 188 - bezeichnet dies als nunmehr gefestigte Rechtsprechung, siehe auch BGHZ 40, 272, 277; 48, 70, 73; 50, 227, 230 ff.

2) Esser II, § 101 II 1.

3) BGHZ 40, 272, 277 f; 58, 184, 188; Beuthien, S 292 mwN in FN 47; Zeiss JZ 1963, 10 und AcP 165, 333 ff; einschränkend Esser II, § 102 II 2 und auch Larenz II, § 68 III d 2 (S 418).

4) Vgl. statt vieler Tückmantel S 56 f mit Nachweisen in FN 219 (S 57).

5) Larenz II, § 68 III d 2. (S 418). - Kritisch zur Verwendung des Begriffs "Zuwender" für den Leistungsmittler Esser II, § 101 I 1.

teilung der Leistung iSd § 362 übernommen werden [1]. Wer bei einer Zuwendung im Dreiecksverhältnis Leistender ist, bestimmt sich auch hier aus der Sicht des Zuwendungsempfängers [2].

Auf den Beispielsfall angewandt bedeutet das, daß die Forderung des B gegen den A mit dem Handeln des C erfüllt [3] wurde. Für B mußte der Eindruck entstehen, C erbringe die von A geschuldete Leistung. Diesen Eindruck hat C auch in zurechenbarer Weise veranlaßt. Da nun B dem A den Werklohn schuldet, wird ihm, wie ausgeführt, regelmäßig das Interesse an einer gleichzeitigen Übernahme der Geschäftsführung durch C fehlen (vgl. § 683). Ein Bereicherungsanspruch von C gegen B nach § 684 Satz 1 setzte voraus, daß einer der Tatbestände des § 812 erfüllt ist. Jene Bestimmung sollte nämlich lediglich eine Klarstellung enthalten; der Gesetzgeber ging davon aus, daß in den von ihr erfaßten Fällen die Erfordernisse einer condictio ob rem erfüllt seien [4]. Zudem wollte er auch den Umfang des Anspruchs des Geschäftsführers begrenzen [5]. Somit enthält § 684 Satz 1 keine eigenständige Anspruchsgrundlage und verweist nicht lediglich auf die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung [6].

Die Leistungskondiktion steht C nicht zu. Erkennbarer Leistungszweck war nicht die Begründung eines eigenen kausalen Rechtsgeschäfts durch C. Vielmehr stellte die Zuwendung, wie ausgeführt, eine Leistung des A dar. Ein Anspruch aus Bereicherung in sonstiger Weise scheidet aus, da die Bereicherung des B auf

---

1) Auf den Zusammenhang zwischen Erfüllung und Bereicherung kann hier nicht weiter eingegangen werden. Siehe dazu und zu den Unterschieden zwischen dem Leistungsbegriff in § 812 und dem in § 362 Beuthien, S 281 ff; Zeiss, JZ 1963, 7; vgl. auch Rother AcP 169, 1 ff und Ehmann, NJW 1969, 1835.

2) Vgl. Beuthien, S 298 ff mwN in FN 65 (S 299).

3) Auf die zur Erfüllung vertretene Lehre kommt es nicht an; auch die Vertragstheorien müßten zu diesem Ergebnis kommen. Die Verschiedenheiten sind im Ergebnis ohnedies nicht von großer Bedeutung, vgl. Larenz I, § 18 I 4 (S 176 f).

4) Mot II, 866; vgl. auch Staudinger-Nipperdey, 1 zu § 684 und Planck-Lobe, 1 zu § 684.

5) Mot II, 866.

6) Ebenso wohl auch Planck-Lobe, 1 zu § 684; Klauser, NJW 1965, 513, 515 mit der Begründung, es sei kein Grund ersichtlich § 684 und § 951 verschieden zu interpretieren (anders anscheinend noch in NJW 1958, 47 f). AA RG HRR 34, 1669; Soergel-Mühl, 1 zu § 684. Differenzierend Schindler, AcP 165, 507 ff.

einer Leistung des A beruht und das Leistungsverhältnis den Vorrang hat [1].

Es soll nun versucht werden, aus den gefundenen Ergebnissen Rückschlüsse auf den Tatbestand der GoA zu ziehen. Auffallend ist, daß das vermeintliche Geschäftsführerhandeln als Erfüllungshandlung des A angesehen wurde. Bereicherungsrechtliche Konsequenz war die Verneinung einer Leistung des C an B; auch insoweit wurde die Handlung des C im Ergebnis dem A zugerechnet. Bei der "fehlgeschlagenen", weil nicht interessengemäßen, GoA ist also vom Empfänger her betrachtet der Zweck des Verhaltens des C nicht darin zu sehen, das Schuldverhältnis der GoA zu begründen. Damit könnte auch das Handeln keine gescheiterte Erfüllung der GoA sein; denn aus der Sicht des B erfüllt C nur als Mittler die gegen A gerichtete Forderung. Es ist jetzt nicht mehr zu erklären, weshalb eine GoA vorliegen können sollte, falls das Interesse des B an der Übernahme zu bejahen ist. Würde man den Zweck der Tätigkeit des C nun unversehens so bewerten, als erfolge das Tun zur Übernahme einer auftraglosen Geschäftsführung, so gelangte man zu einem Wertungswiderspruch zwischen den §§ 812 ff und den Regeln über die GoA.

Daraus ist der folgende Schluß zu ziehen: Wird der Geschäftsführer auf Grund Vertrages tätig, eine Leistung seines Vertragspartners einem Dritten zu vermitteln, so sind Finalität und Zurechnung des Handelns vom Standpunkt des Dritten her zu beurteilen. Eine auftraglose Geschäftsführung scheidet aus, wenn aus der Sicht des Dritten die Zuwendung als Leistung jenes Vertragspartners des Dritten erscheint [2]. Der Geschäftsführer wird damit auf einen Sachverhalt festgelegt, dessen Entstehung er in zurechenbarer Weise selbst mitveranlaßt hat. Er hat es in den hier in Betracht kommenden Fällen regelmäßig in der Hand, durch Erklärungen gegenüber dem Dritten den entstandenen Eindruck zu beseitigen. Soweit er das nicht tut, ist es angängig, ihn die Folgen seines früheren Verhaltens tragen zu lassen. Ein schutzwürdiges Interesse des Geschäftsführers an der Anwendung der §§ 677 ff wird ohnedies schon deshalb fehlen, weil er auf Grund (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Vertrages tätig wurde.

Praktische Konsequenz dieser soweit ersichtlich nur von Medicus [3] und auch dort nur andeutungsweise und mit anderer Begründung vertretenen Anschauung ist, daß die Schwierigkeiten einer Abwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen den am Dreiecksverhältnis Beteiligten vermieden werden [4]. Gleichzeitig verringert

---

1) HM, vgl. BGHZ 40, 272, 278; Larenz II, § 68 III (S 411 ff) mwN in FN 3 auf S 411; Hadding, S 20 ff mwN in FN 47.

2) AA offenbar die ganz hM, vgl. die S 91 FN 6 Genannten.

3) JZ 1967, 65 (linke Spalte).

4) Medicus, aaO und Bürgerliches Recht, § 17 II 4a.

sich auch der Bereich, in dem eine auftraglose Geschäftsführung des vertraglich Verpflichteten möglich ist. Wo im einzelnen die Grenze zu ziehen ist, soll hier nicht aufgezeigt werden. Letzten Endes hängt das von der Bestimmung der Leistung im Dreiecksverhältnis ab. Soweit etwa ein berechtigender Vertrag zugunsten Dritter [1] nicht lediglich zur Abkürzung des Leistungsweges dient und eine Leistung des Versprechenden gegenüber dem Dritten anzunehmen ist [2], wird man auch eine GoA nicht an der fehlenden Finalität des Geschäftsführerhandelns scheitern lassen können. Als Beispiel sei hier die Behandlung einer Ehefrau durch den Arzt, der mit dem Ehemann den Behandlungsvertrag geschlossen hat, genannt.

2. Ausschluß der §§ 677 ff infolge Gesetzeskonkurrenz

In der Rechtsprechung des BGH finden sich verschiedene Entscheidungen, in denen die Unabwendbarkeit der §§ 677 ff auf den verpflichteten Geschäftsführer aus anderen gesetzlichen Bestimmungen gefolgert wurde. So wurde der Anspruch aus GoA wegen einer Selbstopferung im Straßenverkehr verneint, weil dem Geschäftsführer der Entlastungsbeweis aus § 7 II StVG mißlang [3]. Dem Versorgungsträger, der an das uneheliche Kind eines vermeintlich Kriegsverschollenen eine Rente gezahlt hatte, soll der Rückgriff nach den §§ 677 ff gegen den Vater versagt sein, da das BVG nur Schadensersatzansprüche vorsehe [4]. Eine Gemeinde, die Fürsorgeunterstützung an ein Unfallopfer geleistet hatte, wurde wegen ihrer Ansprüche gegen den Schädiger auf § 21 FürsPflVO verwiesen; daneben sei für eine auftraglose Geschäftsführung kein Raum [5]. Als Ausgleichsanspruch einer geschiedenen Ehefrau gegen ihren Ehemann wegen des während der Ehe an gemeinsame Kinder geleisteten Unterhalts, erschien dem BGH ein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch angemessener als die §§ 677 ff [6]. Das Gericht erkannte dem zahlenden Gesamtschuldner nur insoweit einen Anspruch aus GoA gegen den anderen Gesamtschuldner zu, als er im Innenverhältnis nach § 426 nicht ausschließlich zur

---

1) Auf die Frage, ob hierin ein "Auftrag" iSd § 677 liegt, soll nicht eingegangen werden. Sie wäre mE aus den oben (S 80 ff) angeführten Gründen zu verneinen (aA die hM, vgl. Neuffer S 75 f mwN in FN 1 auf S 76).

2) Vgl. BGHZ 58, 184, 188 f mwN und insbesondere Eike Schmidt, JZ 1971, 604 f, 607.

3) BGH LM Nr 5 zu § 683 BGB.

4) BGHZ 30, 162, 170, bestätigt durch BGH LM Nr 11 zu § 683 BGB; in der Begründung anders noch BGHZ 28, 359.

5) BGHZ 33, 243, 245.

6) BGHZ 31, 329, 332.

Erfüllung verpflichtet war [1].

Charakteristisch für die angeführten Fälle ist, daß eine Anwendung der §§ 677 ff abgelehnt wurde, obwohl die Voraussetzungen der §§ 677 ff vorzuliegen scheinen. Da die Begründung hierfür in anderen gesetzlichen Bestimmungen gefunden wurde, muß der Ausschluß der GoA auf dem Gedanken der Gesetzeskonkurrenz beruhen.

a) Gesetzeskonkurrenz, insbesondere Subsidiarität

Unter Gesetzeskonkurrenz soll hier entsprechend einer verbreiteten Übung das Bestehen mehrerer Normen für denselben Sachverhalt verstanden werden, wobei die eine Norm die andere(n) verdrängt [2]. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert allerdings lediglich, ob und inwieweit die §§ 677 ff als Anspruchsgrundlage durch andere Vorschriften ausgeschlossen sind.

Ein solcher Ausschluß kann darauf beruhen, daß das Gesetz eine speziellere Anspruchsnorm bereithält, hinter der die GoA zurücktreten soll [3]. Lex specialis ist eine gesetzliche Bestimmung, wenn der in ihr enthaltene Tatbestand sämtliche Merkmale einer anderen Vorschrift und zusätzlich ein engeres, begrenzendes enthält [4]. Soweit jedoch die Beziehungen des verpflichteten Geschäftsführers zum Geschäftsherrn durch speziellere gesetzliche Regelungen erfaßt werden, wird eine sonstige Berechtigung iSd § 677 vorliegen und GoA schon deshalb ausscheiden [5]. Sind die spezielleren Normen keine "sonstige Berechtigung", so werden sie auch die Anwendung der §§ 677 ff nicht ausschließen. Denn die Frage, ob die speziellere Norm die allgemeinere verdrängt, ist eine solche der

---

1) BGH NJW 1963, 2067 = LM Nr 21 zu § 426 BGB.

2) Vgl. Georgiades, S 278 ff (Zusammenfassung). - Die Terminologie ist nicht einheitlich; sie ist zudem durch die teilweise selbständige Fortentwicklung der Lehre von der Gesetzeskonkurrenz verschiedentlich im Zivilrecht anders als im Strafrecht; vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S 207 und AT, § 14 IV 1. (S 209 f).

3) Spezialität muß nicht immer Verdrängung des allgemeineren Gesetzes zur Folge haben (vgl. Larenz, Methodenlehre, S 208 und Enneccerus-Nipperdey, § 60 II). Diesem Gedanken braucht jedoch hier nicht nachgegangen zu werden.

4) Vgl. Geerds, S 193 f; Dietz, S 21 ff, Larenz, AT, § 14 IV 1. (S 209 f).

5) So im Falle der öffentlich-rechtlichen Ersatzvornahme, vgl. S 86 ff.

Gesetzesauslegung [1] und beantwortet sich in derselben Weise wie die nach der "sonstigen Berechtigung" [2]. Die Spezialität kann daher für die weitere Untersuchung als bedeutungslos außer Betracht bleiben.

Im Gegensatz zur Spezialität findet die Subsidiarität als Form der Gesetzeskonkurrenz im neueren zivilrechtlichen Schrifttum kaum Erwähnung [3]. Das bedeutet jedoch nicht, daß ihre Voraussetzungen und ihre Folgen hier nicht anerkannt werden. Vielmehr wird lediglich das Vorgehen beim Ausschluß einer Norm nicht als Anwendung der Lehre von der Gesetzeskonkurrenz gekennzeichnet, ein Unterlassen, das im Zivilrecht durchaus berechtigt sein mag.

Subsidiarität bedeutet völliges (oder teilweises) Zurücktreten einer Vorschrift hinter eine andere nach dem Willen des Gesetzes, ohne daß ein Fall der Spezialität vorläge [4]. Bei der ausdrücklichen Subsidiarität hat das Gesetz ausgesprochen, daß eine Norm Vorrang vor einer anderen haben soll. Das kann durch die Erklärung des Vorrangs, aber auch die des Nachrangs geschehen. Letzteres trifft etwa für das Merkmal "ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein" in § 677 zu. Da diese Frage bereits oben behandelt wurde, ist im folgenden nur auf die stillschweigende Subsidiarität einzugehen.

Bei der stillschweigenden Subsidiarität tritt besonders deutlich zutage, daß die Gesetzkonkurrenz keine Frage der formalen Logik, sondern insbesondere eine Auslegungsfrage ist [5]. Der Ausschluß einer Vorschrift durch eine andere ergibt sich hier aus dem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn der konkurrierenden Normen oder durch Rechtsfortbildung [6]. Angesichts dieses methodischen Ausgangspunktes scheint der Versuch von Dietz, Tatbestände der Subsidiarität zu entwickeln [7], von vornherein zum Scheitern verurteilt. Betrachtet man aber die drei Grundtat-

---

1) Larenz, Methodenlehre, S 207; aA offenbar Dietz, S 31 ff und, für das Strafrecht, Geerds, S 193 f.

2) Vgl. dazu S 80 ff.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 60 und Staudinger-Weber, C 30 ff Einl. vor § 241 zB nennen sie nicht, fassen sie aber anscheinend als Unterfall der Konsumtion auf.

4) Vgl. Dietz S 40 f; Geerds, S 183. -
Im weiteren Sinne ist auch die Spezialität ein Unterfall der Subsidiarität.

5) So zu Recht Larenz, Methodenlehre, S 207; aA für die Spezialitat Dietz, S 41 und wohl auch Geerds, S 193.

6) Zum Verhältnis dieser beiden Methoden der Rechtsfindung vgl. Larenz, Methodenlehre, S 341.

7) Dietz, S 40 ff, insbesondere S 55, 56 f, 64, 66.

bestände, zu denen Dietz gelangt [1], nur als Subsidiaritäts-Typen, so lassen sich die auftretenden Probleme jedenfalls veranschaulichen - mehr allerdings nicht.

Zwei der Fälle, die Dietz anführt, sollen hier erwähnt werden [2]. Subsidiarität ist danach einmal gegeben, wenn der Geltungsbereich des einen Gesetzes fast ganz in den des anderen fällt und das erste Gesetz geringere, ungünstigere Rechtsfolgen hat; hier soll das zweite Gesetz verdrängt werden [3]. Zum anderen soll ein Gesetz, das sein Geltungsgebiet erschöpfend regeln will, das andere für diesen Bereich unanwendbar machen, sofern beide Gesetze den Sachverhalt unter wesensgleichen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilen [4]. Das gilt nach Dietz auch dann, wenn die abschließende Regelung den Sachverhalt selbst nicht erfaßt [5].

b) Stillschweigende Subsidiarität der §§ 677 ff

Angesichts des weitgefaßten Tatbestandes der GoA liegt es nahe, daß die §§ 677 ff auch häufiger durch andere Normen verdrängt werden, mag auch sonst die Unanwendbarkeit einer Vorschrift, deren Tatbestand erfüllt ist, eine Anomalie [6] sein. Es ist daher nicht einmal möglich, einen Überblick über die Fälle zu geben, in denen die §§ 677 ff wegen Subsidiarität ausgeschlossen sind. Eine Systematisierung verbietet sich ebenfalls, da der methodische Weg bei der Prüfung des Ausschlusses für jede gesetzliche Vorschrift gesondert beschritten werden muß. Somit verbleibt es nur, einige Fallgruppen aufzuzeigen, in denen die Annahme der Subsidiarität naheliegt. Es handelt sich dabei meist um Fälle, in denen der Regreß des verpflichteten Geschäftsführers über die GoA ausscheiden könnte, weil nach dem Willen des Gesetzes kein oder ein anderer Rückgriff erfolgen soll.

aa) Gesamtschuldausgleich

Befriedigt einer der Gesamtschuldner den Gläubiger, so wirkt nach § 422 I 1 die Erfüllung auch für die übrigen Gesamtschuldner. Man könnte deshalb daran denken, daß der erfüllende Gesamtschuldner mit dem Erbringen der Leistung gleichzeitig auftraglos ein Geschäft der übrigen führt. Da er aber nach § 426 I einen

---

1) Dietz, aaO.
2) Der dritte ist, wie Dietz (S 55) selbst zugibt, wohl ohne praktische Relevanz.
3) Dietz, S 56 f.
4) Dietz, S 64.
5) Dietz, S 66.
6) Vgl. Dietz, S 44.

Ausgleichsanspruch hat und nach § 426 II 1 die Forderung des Gläubigers im Umfang dieses Ausgleichsanspruchs auf ihn übergeht, wird das Interesse der anderen Gesamtschuldner an der Übernahme der Geschäftsführung zweifelhaft sein. Immerhin könnte ihnen daran gelegen sein, anstatt dem ursprünglichen Gläubiger die ganze Leistung zu schulden (vgl. § 421 Satz 1), nunmehr den Mit-Gesamtschuldner als Gläubiger einer vielleicht sogar geringeren Forderung zu haben.

Geht man der Frage nach, welchen Umfang ein Aufwendungsersatzanspruch aus GoA (§§ 677, 683 Satz 1, 670) hätte, so gelangt man zu teilweise seltsamen Ergebnissen. Könnte der erfüllende Gesamtschuldner volle Erstattung verlangen und wäre damit "ein anderes bestimmt" als die anteilige Verpflichtung in § 426 I 1, dann ginge u. a. auch der Anspruch des Gläubigers in voller Höhe auf den Gesamtschuldner über. Das muß falsch sein, da sonst der zuerst Leistende nie anteilig haftete. Bestimmen sich die internen Anteile nach der Rechtslage, die bei Begründung der Gesamtschuld bestand, so wäre ein voller Aufwendungsersatzanspruch des Erfüllenden unsinnig, wenn er dazu verpflichtet ist, seinen Anteil selbst zu tragen. Begrenzt man schließlich den Aufwendungsersatzanspruch auf den Anteil, in dem der Erfüllende Ausgleichung verlangen kann (§ 426 I 1), fehlt das Bedürfnis, überhaupt einen Anspruch aus GoA zuzulassen. Es erscheint ohnedies zweifelhaft, ob für eine Leistung bis zur Höhe der eigenen Quote nicht ein "Auftrag" oder eine "sonstige Berechtigung" des Erfüllenden gegenüber den übrigen Gesamtschuldnern anzunehmen ist [1]. Mit dem Forderungsübergang und dem damit verbundenen Übergang der Sicherungsrechte (§§ 412, 401) hat das Gesetz dem leistenden Gesamtschuldner jedenfalls eine hinreichend starke Rechtsposition verschafft. Die Anwendung der §§ 677 ff würden sie wohl kaum verstärken.

Entscheidend erscheint jedoch, daß mit der Anwendung der Regeln über die GoA das Risiko eines mißlungenen, Aufwendungen verursachenden Erfüllungsversuchs von den übrigen Gesamtschuldnern mitgetragen werden müßte. Das widerspräche jedoch der Regelung des § 425 I, wonach andere als die in den - hier nicht einschlägigen - §§ 422 - 424 bezeichneten Tatsachen regelmäßig nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten.

Nach alledem ist daher anzunehmen, daß die §§ 677 ff gegenüber der gesetzli-

---

1) Der BGH etwa hat in NJW 1957, 497 angenommen, daß schon vor der Leistung an den Gläubiger ein klagbarer Anspruch des Gesamtschuldners gegen die anderen Gesamtschuldner bestehe, entsprechend ihren Anteilen an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken.

chen Vorschrift des § 426 subsidiär sind [1].

bb) Sog. unechte Gesamtschuld mit Legalzession

Die §§ 421 ff finden keine direkte [2] Anwendung bei der sog. unechten Gesamtschuld [3]. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen ein Gläubiger Forderungen, die auf dasselbe Leistungsinteresse gerichtet sind, gegen mehrere Schuldner hat, ohne daß Gesamtschuldnerschaft gesetzlich besonders angeordnet ist oder zwischen ihnen eine Zweckgemeinschaft [4] besteht. Auch hier stellt sich die Frage, ob der leistende Schuldner gegen den Mitschuldner über die §§ 677 ff Regreßforderungen hat. Sie soll zunächst und unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität nur für jene Sachverhalte gestellt werden, bei denen die Forderung des Gläubigers ex lege auf bestimmte Schuldner übergeht, wenn diese erfüllen. Ausgangspunkt solcher Vorschriften ist meist, daß öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte, aber auch Private, einem Geschädigten gegenüber gesetzlich verpflichtet sind, Versorgungsleistungen zu erbringen, obwohl ein Dritter schadensersatzpflichtig ist. Als Beispiele seien die Bestimmungen des § 87a BBG, des § 1542 RVO, der §§ 90 ff BSHG und des § 4 I LFG erwähnt [5].

---

1) Im Ergebnis ist die Unanwendbarkeit des § 677 wohl hM, vgl. etwa Erman-Hauß, 3a vor § 677; Soergel-Mühl, 4 zu § 677; Staudinger-Nipperdey, 17 zu § 677; Rabel, RhZ 10, 97; R. Schmidt, NJW 1964, 296; Neuffer, S 79; Gursky, JurA 1969, 115. Die Haltung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist nicht ganz klar. Der BGH schließt in seinem oben zitierten Urteil (BGH NJW 1963, 2067) einen Anspruch aus GoA - entgegen der Interpretation R. Schmidts, aaO - nur insoweit aus, als der vom Erfüllenden zu tragende Anteil überschritten wird. Dagegen weist der Große Senat für Zivilsachen zur Frage der Ausgleichung zwischen Architekt und Bauunternehmer bei der Haftung für Baumängel darauf hin, daß § 254 im Rahmen des § 426 I bessere Lösungen ermögliche als die Vorschriften über die GoA (BGHZ 43, 227). Hierin könnte auch die Vorstellung enthalten sein, die §§ 677 seien bei der Gesamtschuld unanwendbar.

2) Zur entsprechenden Anwendung vgl. unten S 114.

3) Zur - uneinheitlichen - Terminologie vgl. Gursky, JurA 1969, 111.

4) Vgl. dazu BGHZ 13, 360, 365; kritisch diesem Merkmal gegenüber Selb, S 12 ff; siehe auch Larenz I, § 37 II (S 436 ff) mwN auf S 436, FN 1; Esser I, § 58 I, II.

5) Eine umfangreiche, allerdings teilweise schon überholte und ergänzungsbedürftige Aufzählung von Vorschriften, welche den Regreß durch cessio legis ermöglichen, findet sich bei Selb, Karlsruher Forum 1964, 9.

Auf die beiden zuletzt genannten Vorschriften soll kurz eingegangen werden. Nach § 1 I LFG hat ein infolge Krankheit arbeitsunfähiger Arbeiter bis zur Dauer von sechs Wochen weiterhin gegen den Arbeitgeber Anspruch auf das Arbeitsentgelt. Muß ein Dritter den Arbeiter aufgrund gesetzlicher Vorschriften, etwa der §§ 823 ff, Schadensersatz wegen der Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit leisten, so geht dieser Anspruch bis zur Höhe des weitergezahlten Lohnes auf den Arbeitgeber über (§ 4 I LFG). Bereits aus dieser Regelung ergibt sich, daß der Schädiger letztlich den Schaden tragen soll und ferner, daß die Lohnfortzahlung nicht zu einer Verdoppelung des dem Arbeiter zu gewährenden Ausgleichs führen darf. Leistet der Schädiger Ersatz an den Arbeitnehmer, so kann demzufolge darin nach dem Willen des Gesetzes keine auftragslose Geschäftsführung für den Arbeitgeber liegen, mit der Konsequenz, daß dieser Aufwendungsersatz schuldete. Die §§ 677 ff sind daher infolge Subsidiarität gegenüber den Vorschriften des LFG ausgeschlossen; inwieweit im Einzelfall die Voraussetzung der §§ 677 ff und 683 vorlägen, ist unerheblich. Aus dem gleichen Grund ist es aber auch nicht möglich, in der Weiterzahlung des Lohnes durch den Arbeitgeber eine auftraglose Geschäftsführung für den Schädiger zu sehen. Das LFG beschränkt den Regreß auf das gezahlte Arbeitsentgelt [1] und die im § 4 I LFG genannten Beiträge bzw. Anteile zu Beiträgen. Es kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz daneben einen möglicherweise weitergehenden Aufwendungsersatzanspruch [2] aus GoA zulassen wollte. Die Pflicht zur Erstattung von sonstigen Aufwendungen hätte dann auch im LFG geregelt werden können. Hierzu wäre umso größerer Anlaß gegeben gewesen, als es schon lange vor dem Inkrafttreten des LFG im Jahre 1969 überwiegende Auffassung war, daß der den Lohn weiterzahlende Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abtretung seines Schadensersatzanspruches habe [3], jedoch nicht über den Betrag hinaus, der dem Arbeitnehmer zugute komme [4]. Ein Anspruch aus GoA wurde ganz überwiegend abgelehnt [5].

---

1) Zur Reichweite dieses Begriffs vgl. BGH NJW 1972, 1703.

2) Gedacht ist etwa an die Erstattung von besonderen Buchungskosten o. ä.

3) Die Begründung hierfür war streitig. Nach hM sollte § 255 entsprechend anzuwenden sein (vgl. die Nachweise bei Selb, S 68 FN 58); der BGH hielt in einem obiter dictum auch eine Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag für möglich (BGHZ 21, 112, 119). Über die weiteren vertretenen Ansichten vgl. von Marschall, S 224 ff.

4) Nachweise über die im einzelnen unterschiedlichen Auffassungen (Bruttolohn-, Nettolohn-, modifizierte Nettolohntheorie) bei von Marschall, S 232 ff.

5) Vgl. unten S 112 FN 4.

Noch deutlicher erscheint die Subsidiarität der GoA in den Fällen der §§ 90 f BSHG [1]. § 90 I 1 BSHG macht den Übergang des Anspruchs eines Hilfeempfängers gegen einen Dritten auf den Träger der Sozialhilfe von einer schriftlichen Anzeige abhängig. Ist der Dritte ein Unterhaltspflichtiger, so wird der Regreß wegen der Aufwendungen des Sozialhilfeträgers in Abweichung von § 90 I BSHG der Höhe nach eingeschränkt [2]. Allein die Tatsache, daß hier die Legalzession nicht an das Erbringen der Leistung, sondern die Überleitungsanzeige anknüpft, spricht gegen den Rückgriff über die §§ 677 ff. Die Notwendigkeit der Anzeige wäre nicht mehr einsichtig, sofern bereits das Erbringen der Hilfeleistung zur Entstehung eines Anspruchs führen könnte. Aus der Begrenzung der zu ersetzenden Aufwendungen in den Fällen des § 91 BSHG ist erst recht eine abschließende Regreßregelung zu folgern.

Hiermit soll es bewendet sein. Ohne zu verallgemeinern, wird man sagen können, daß dort, wo der Gesetzgeber einen Forderungsübergang angeordnet hat, die Annahme, die §§ 677 ff seien infolge Subsidiarität ausgeschlossen, naheliegt. Das gilt insbesondere, wenn der Umfang der zu ersetzenden Aufwendungen abweichend von den §§ 677, 683, 670 festgelegt ist.

cc) Sog. unechte Gesamtschuld ohne Legalzession

Die Frage, wie der Ausgleich zu erfolgen hat, wenn bei einer unechten Gesamtschuld ohne ausdrückliche Regreßregelung einer der Schuldner leistet, ist seit langem außerordentlich umstritten. Eine herrschende Auffassung hat sich auch heute noch nicht gebildet. Insbesondere die Entscheidung des Reichsgerichts im Dombrandfall [3] war Ausgangspunkt einer seither andauernden Diskussion. Das Gericht hatte den Regreß über die §§ 677 ff gewährt, eine Lösungsmöglichkeit, die nunmehr in der Lehre fast allgemein verworfen wird [4].

---

1) An die Stelle des § 21 FürsPflVO getreten, dessen Verhältnis zu den §§ 677 ff die auf S 105 FN 5 zitierte BGH-Entscheidung betraf.

2) Vgl. im einzelnen § 91 I BSHG.

3) RGZ 82, 206.

4) Vgl. Rabel, RheinZ 10, 93 ff; v. Tuhr, DJZ 1914, 337; R. Schmidt, IhJ 72, 70 ff mwN aus der älteren Literatur und Rechtsprechung; v. Caemmerer, Bereicherung, S 362 und NJW 1963, 1404; Selb, NJW 1963, 2056 ff; Frotz, JZ 1964, 669; Erman-Hauß, 3b vor § 677; Zeiss, FamRZ 1967, 532 f; Rother, S 18 (FN 2); Raisch, JZ 1965, 705; Esser I, § 59 IV 3; Larenz I, § 32 II (S 385 f). Demgegenüber hält der BGH daran fest, daß der Regreß bei der unechten Gesamtschuld über die §§ 677 ff erfolgen könne, vgl. etwa BGHZ 4, 153; 33, 251; 40, 28; im Grundsatz auch BGHZ 30, 262. Ebenso wohl Staudinger-Nipperdey, 17 zu § 677; Soergel-Mühl, 4 zu § 677.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei einer Bonifatius-Jubelfeier fand am Fuldaer Dom ein Feuerwerk statt. Der Beklagte, ein Drogist, hatte hierfür das Programm erstellt und die Ausführung übernommen. Durch sein Verschulden kam es zu einem Brand, bei dem der Nordturm der Kirche vernichtet wurde. Auf Grund seiner Verpflichtung als Träger der Baulast stellte der klagende Fiskus die beschädigten Bauteile wieder her und verlangte vom Beklagten Erstattung der Kosten.

Das RG nahm einen Anspruch aus den §§ 677, 683, 670 an. Der Staat habe die Aufwendungen auch mit dem Willen gemacht, sich bei dem endgültig verpflichteten Schädiger wieder zu erholen; er habe diesem die Sorge für die ihm obliegende Wiederherstellung abgenommen [1]. Die Geschäftsführung habe im objektiven Interesse des Beklagten gelegen, da der Wiederaufbau die Leistung sei, die er schulde [2]. - Zweifelhaft erscheint schon, ob der angenommene Geschäftsführungswille des Klägers als Wille, dem Beklagten zu nützen [3], wirklich vorlag. Noch bedenklicher ist jedoch die Annahme, die Erfüllung der Aufbaupflicht habe im Interesse des Beklagten gelegen. Wurde er von seiner Schadensersatzpflicht gegenüber dem Bischöflichen Stuhle nicht durch die Leistung des Fiskus befreit, weil sie kein insoweit anrechenbarer Vorteil war [4], so kann man kaum noch davon sprechen, die Geschäftsführung habe in seinem Interesse gelegen [5].

Der Frage, wie die Regreßproblematik in anderer Weise zu lösen sein könnte, kann hier nicht nachgegangen werden. Es muß der Hinweis auf die verschiedenen Ansichten genügen. Dabei ist zu bemerken, daß die einzelnen Lösungsvorschläge nicht stets für alle Fälle einer sog. unechten Gesamtschuld gemacht werden. Vielmehr werden häufiger entsprechend der Besonderheit der jeweiligen Gesamtschuld auch unterschiedliche Rückgriffsmethoden angewandt. Im Ergebnis besteht darüber Einigkeit, daß derjenige, der die Leistung "letztlich" zu erbringen hat, vollen Regreß schuldet, wenn ein anderer seiner eigenen Verpflichtung zur Erfüllung nachgekommen ist [6].

---

1) RGZ 82, 214.
2) RGZ 82, 216.
3) Genauer oben S 34 ff.
4) Zur Problematik der Verminderung des Schadens durch Anrechnung von Leistungen Dritter an den Geschädigten vgl. statt aller Esser I, § 48 I-III; Selb, S 17 ff; von Marschall, S 198 ff.
5) In allgemeiner Form ist das auch die Hauptbegründung der hM für die Ablehnung des Regresses über die §§ 677 ff bei der sog. unechten Gesamtschuld (vgl. die auf S 112 FN 4 zitierten).
6) Mehrstufige Solidarität. Beispiel: Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem Unterhaltsverpflichteten, der die Arztkosten bezahlt hat.

Soweit man die entsprechende Anwendung einer Vorschrift, in der Gesamtschuldnerschaft angeordnet wird, für möglich hält [1], greifen die §§ 420 ff ein. Die §§ 677 ff sind dann, wie ausgeführt, infolge Subsidiarität ausgeschlossen. Gleiches würde gelten, wenn man § 426 entsprechend anwendete [2], was jedoch heute zumeist abgelehnt wird [3]. Unvereinbar erscheint es auch, eine Schadensliquidation im Drittinteresse zuzulassen [4] und daneben die Voraussetzungen der §§ 677, 682, 670 zu bejahen. Gewährt man dagegen den Regreß über eine vertragliche [5] oder gesetzliche [6] Verpflichtung des Geschädigten, dem Leistenden den Anspruch gegen den Schädiger abzutreten, oder über eine Legalzession in Rechtsanalogie zu § 1542 RVO und anderen Bestimmung [7], so ist das Zurückweichen der GoA gegenüber diesen Rückgriffsformen fraglich. Erst recht problematisch muß das im Verhältnis zu einem Rückgriff über das Bereicherungsrecht [8] sein.

Eine abschließende Beurteilung, ob die §§ 677 ff gegenüber allen angeführten Regreßmöglichkeiten subsidiär sind, kann hier nicht erfolgen. Sie setzte eine Auseinandersetzung mit dem Schadensbegriff und eine Beurteilung der einzelnen Regreßmethoden voraus [9]. Möglicherweise wäre die Entscheidung von Fallgruppe zu Fallgruppe unterschiedlich. In der Tendenz jedoch ist ein Ausschluß der GoA infolge Gesetzeskonkurrenz anzunehmen.

dd) Einzelne familienrechtliche Sonderfälle

Erfüllt ein Elternteil seine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern, so kann sich die Frage stellen, inwieweit der andere Elternteil zur Ausgleichung verpflichtet

---

1) Vgl. Esser I, § 59 IV 1; Selb, S 18 f, S 13 mwN in FN 6. - Beispiel: Der Regreß zwischen dem Schuldner und seinem Erfüllungsgehilfen in Analogie zu § 840 I, II.

2) Rabel, RhZ 10, 106 ff, insbes. 109; v. Tuhr, DJZ 1914, 377 (unmittelbare Anwendung); R. Schmidt, IhJ 72, 1 ff, insbes. S 49, 67 f und AcP 163, 533 ff (mwN).

3) Vgl. Esser I, § 59 IV 1; von Marschall, S 225 f.

4) Kollhosser, AcP 166, 277 ff, 306 f.

5) Vgl. etwa G. u. D. Reinicke, NJW 1956, 1464; weitere Nachweise bei von Marschall, S 197 FN 14.

6) ZB § 255, vgl. Selb, S 25 ff; Esser I, § 59 IV 2; Larenz I, § 32 I (S 380 ff); Gursky, JurA 1969, 115.

7) Sieg, JZ 1964, 16.

8) Esser I, § 59 IV 4; Frotz, JZ 1964, 670.

9) Dabei wäre auch die im Text bewußt unterlassene Unterscheidung zwischen dem Rückgriff bei gleichstufigen und dem bei verschiedenstufigen Leistungspflichten zu machen.

ist. Anspruchsgrundlage soll nach Ansicht des BGH [1] ein "familienrechtlicher Ausgleichsanspruch", nach einer anderen Auffassung § 1606 III [2] sein. Ob daneben noch ein Anspruch aus GoA bestehen kann, ist zweifelhaft. Angesichts der Tatsache, daß sich die Grenzen der zu ersetzenden Aufwendungen nach den familienrechtlichen Sondervorschriften, etwa § 1360b, bestimmen [3], ist das mit ähnlichen Erwägungen, wie sie zu § 426 angestellt wurden, zu verneinen [4]. Das könnte sogar deshalb geboten sein, weil es sich hier um einen Fall ausdrücklicher Subsidiarität in dem oben skizzierten Sinne handelt. Dieser Frage soll jedoch nicht weiter nachgegangen werden.

Leistet ein nachrangig Verpflichteter den Unterhalt (vgl. §§ 1603, 1606), kann der Unterhaltsanspruch des Bedürftigen gegen einen vorrangig Verpflichteten nach § 1607 II auf ihn übergehen. Hier wird man wegen der in den §§ 1601 ff enthaltenen abschließenden Regelung des zu gewährenden Unterhalts den Forderungsübergang als ausschließliche Regreßform ansehen müssen; die §§ 677 ff scheiden infolge stillschweigender Subsidiarität aus [5].

Zuletzt soll noch auf einen der vieldiskutierten Fälle eingegangen werden, bei denen es um die ärztliche Behandlung von Familienangehörigen geht. Schließt der Ehemann mit dem Arzt einen Vertrag [6] zur Behandlung der Ehefrau, so soll nach einer verschiedentlich vertretenen Auffassung [7] ein Anspruch des Arztes auf Aufwendungsersatz gegen die Ehefrau aus GoA bestehen. Das ist jedoch in dieser Allgemeinheit abzulehnen. Nach § 1357 I1 ist die Ehefrau berechtigt, im Rahmen der Schlüsselgewalt mit Wirkung für den Ehemann zu handeln. Sie wird dabei aus den von ihr geschlossenen Verträgen nur dann selbst verpflichtet, wenn sich ihr Verpflichtungswille aus besonderen Umständen ergibt. Da die Schlüsselgewalt der Frau auch die Sorge für die eigene ärztliche Behandlung

---

1) BGHZ 31, 329, 331; 50, 266 f.

2) Gernhuber, § 42 II 6 mwN auf S 468 FN 4; Einzelheiten bei Neuffer, S 106.

3) Vgl. Gernhuber, aaO.

4) AA Gernhuber, aaO.

5) Zu demselben Ergebnis kommen mit anderer Begründung etwa Neuffer, S 100 - 104 (mit umfangreichen Nachweisen); Gernhuber, § 41 IV 4, mwN.

6) Gleichgültig, ob es sich dabei um einen berechtigenden Vertrag zugunsten der Ehefrau handelt oder nicht, vgl. S 105 FN 1.

7) BGB-RGRK-Denecke, 4 zu § 677; Soergel-Mühl, 6 zu § 677; Beitzke, MDR 1951, 262.

umfaßt [1], wird regelmäßig der Ehemann Vertragspartner des Arztes, den die Ehefrau aufsucht (§ 1357 I 2). Läßt man hier eine gleichzeitige GoA zugunsten der Ehefrau zu, verstößt man gegen die in § 1357 I enthaltene Wertung des Gesetzes, welche an die von ihm vorgefundene häufigste Rollenverteilung in der Ehe anknüpft (vgl. § 1360). Das gilt in gleicher Weise, wenn der Ehemann selbst den Vertrag mit dem Arzt geschlossen hat. Die §§ 677 ff sind daher infolge Gesetzeskonkurrenz nicht anwendbar [2]. Es ist jedoch eine Einschränkung zu machen. Nach § 1357 I2, letzter Halbs. besteht auch bei den Geschäften im Rahmen der Schlüsselgewalt eine Subsidiärhaftung der Ehefrau, sofern der Ehemann zahlungsunfähig ist. Dieser Gedanke muß auch den Ausschluß der §§ 677 ff begrenzen. Das bedeutet, daß bei Zahlungsunfähigkeit [3] des Ehemannes ein Aufwendungsersatzanspruch des Arztes gegen die Ehefrau aus den §§ 677, 683, 670 in Betracht kommt - womit der praktisch wichtigste Fall den Regeln der GoA unterstellt ist.

ee) Verantwortlichkeit für das Risiko bei der Selbstopferung

Bevor abschließend auf die Frage der Selbstopferung eingegangen wird, soll zunächst allgemein die Rechtsstellung des zur Gefahren- oder Schadensabwendung verpflichteten Geschäftsführers angesprochen werden.

Dient das Handeln des Geschäftsführers der Abwendung einer durch ihn geschaffenen Gefahr für den Geschäftsherrn, so konnte der Geschäftsherr bereits vorher gegen ihn im Wege der negatorischen oder quasinegatorischen Unterlassungsklage (vgl. § 1004 I 2) vorgehen. Es bestehen keine Bedenken, darin eine "sonstige Berechtigung" gegenüber dem Geschäftsherrn iSd § 677 zu sehen [4]. Da der Geschäftsführer verklagt werden kann, die Gefährdung zu unterlassen, ist es seinem Risikobereich auch zugerechnet, Maßnahmen zu treffen, welche den Eintritt der Gefahr verhindern sollen. Für die Anwendung der §§ 677 ff ist daher kein Raum. Entsprechendes gilt, wenn das Handeln des Geschäftsführers der Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung oder der Verhinderung bzw. Minderung eines Schadens, zu dessen Ersatz er verpflichtet wäre, dienen soll.

Ob eine solche ausdrückliche Subsidiarität der §§ 677 ff in den Fällen der Selbst-

---

1) So zu Recht die hM, vgl. BGHZ 47, 75, 81 ff (mwN auf S 83) und die Nachweise bei Gernhuber, S 173 FN 6.

2) So, mit anderer Begründung, Neuffer, S 76 und Gursky, JurA 1969, 110.

3) Zum Zeitpunkt der Beurteilung und zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im einzelnen Gernhuber, § 19 IV 3,4 (S 176 f).

4) Unabhängig davon, ob der zuletzt genannten Klage ein materiellrechtlicher Anspruch zugrundeliegt, vgl. dazu Esser II, § 113 II 4.

opferung besteht, wenn dem Kfz-Halter der Entlastungsbeweis nach § 7 II StVG mißlingt, ist zweifelhaft. Man kann sich hier durchaus auf den Standpunkt stellen, der Kraftfahrer sei zwar verpflichtet, Gefährdungen anderer Verkehrsteilnehmer zu vermeiden, nicht aber sich durch ein besonderes Ausweichmanöver selbst zu opfern [1]. Damit scheidet die Annahme einer "sonstigen Berechtigung" in Ansehung der Selbstopferung aus. Zu prüfen bleibt aber noch, ob aus dem Zweck des § 7 II StVG nicht ein Ausschluß der §§ 677 ff folgt. Das ist zu bejahen. Da § 7 StVG dem Kfz-Halter die Pflicht zur Leistung von Schadensersatz aufbürdet, wenn der Entlastungsbeweis mißlingt, mutet er ihm "erst recht zu, daß er den Eigenschaden zu tragen hat, der eben dadurch entstanden ist, daß der ihm zur Last fallende fremde Schaden vermieden wurde" [2]. Der unergiebige Streit darüber, ob der Kraftfahrer bei der Selbstopferung ein objektiv eigenes oder ein objektiv fremdes Geschäft führt [3], erweist sich hier als auch im Ergebnis völlig bedeutungslos. Die §§ 677 ff sind ausgeschlossen [4], und zwar infolge Subsidiarität.

---

1) Vgl. dazu Helm VersR 1968, 216.

2) So die Begründung des BGH in LM Nr 5 zu § 683. Der BGH will damit allerdings wohl das objektiv fremde Geschäft verneinen, wie sich aus den weiteren Ausführungen ergibt. Diese dogmatische Einordnung muß auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung von der Funktion des objektiv fremden Geschäfts abgelehnt werden.

3) Vgl. Helm, VersR 1968, 210 mwN; Körner, DAR 1962, 11 f.

4) AA insbesondere Helm, S 216, der jedoch die Frage der Subsidiarität nicht prüft, sondern nur - zu Recht - die Auffassung zurückweist, der Geschäftsführer handle nicht freiwillig. - Wie hier im Ergebnis die hM, vgl. etwa BGH LM Nr 5 zu § 683 BGB; BGHZ 38, 270; Deutsch, AcP 165, 204; Rogalski, S 10; Körner DAR 1962, 12; Lange, JZ 1963, 550; Wussow, S 466 (Rdnr 936) jeweils mwN.

§ 12: ERGEBNISSE DES ZWEITEN TEILS

Die Fälle, in denen die §§ 677 ff auf einen verpflichteten Geschäftsführer anwendbar wären, sind selten. Besteht zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn ein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis, das anknüpfend an die Geschäftsführertätigkeit die Rechte und Pflichten beider Beteiligten abschließend regeln soll, so ist § 677 schon kraft ausdrücklicher Anordnung unanwendbar. Im übrigen bestehen zwar gegen die Annahme einer auftraglosen Geschäftsbesorgung des auf Grund Vertrages mit einem Dritten oder gesetzlich verpflichteten Geschäftsführers keine grundsätzlichen Bedenken. Wird der Geschäftsführer aber als Leistungsmittler tätig, scheidet eine GoA durch ihn aus, sofern der Geschäftsherr sein Verhalten als Erfüllungshandlung des Dritten bewerten muß. Zumindest ein großer Teil der Regreßfälle untersteht ebenfalls nicht der Regelung der §§ 677 ff, da diese Vorschriften stillschweigend subsidiär sind.

3. TEIL:
DER BEWEIS DES FREMDGESCHÄFTSWILLENS

Rechtsprechung und Lehre nehmen fast allgemein an, aus der Tatsache, daß der Geschäftsführer ein objektiv fremdes Geschäft geführt habe, könne auf einen entsprechenden Geschäftsführungswillen geschlossen werden. Keine Übereinstimmung besteht jedoch im Detail, wie eine nähere Betrachtung zeigt. In der Rechtsprechung wird überwiegend nicht gesagt, ob das Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts eine gesetzliche Tatsachenvermutung zur Folge haben, Grundlage eines Anscheinsbeweises oder einer sog. tatsächlichen Vermutung oder nur Indiztatsache für den Geschäftsführerwillen sein soll. Das Schrifttum dagegen diskutiert zum Teil diese Möglichkeiten; umstritten ist, welche zutreffen soll. Ein anderer Zweifelspunkt ist, inwieweit die für das ausschließlich objektiv fremde Geschäft gezogenen Folgerungen auch für das teils objektiv eigene, teils objektiv fremde Geschäft zutreffen, insbesondere dann, wenn der Geschäftsführer zum Handeln verpflichtet war. Auch hier sind die Meinungen geteilt, wenngleich die herrschende Auffassung die beim ausschließlich objektiv fremden Geschäft geltenden Grundsätze für übertragbar hält.

Mit den damit aufgeworfenen Fragen befassen sich die folgenden Ausführungen. Allerdings wird dabei zur Vereinfachung zunächst von dem mutmaßlichen Standpunkt der herrschenden Meinung, das objektiv fremde Geschäft habe materiellrechtliche Bedeutung, ausgegangen. In Konsequenz zu der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht müßte sonst geprüft werden, ob es Sachverhalte gibt, bei denen eine Vermutung des Geschäftsführerwillens gerechtfertigt ist. Eine weitere Frage wäre, ob man diese Sachverhalte als objektiv fremdes Geschäft bezeichnen dürfte. Da das objektiv fremde Geschäft jedoch in dem hier interessierenden Zusammenhang stets im Mittelpunkt der Erörterung steht, erscheint es auch bei einer anderen Konzeption als geeigneter Einstieg für die Untersuchung.

§ 13: WILLENSVERMUTUNG BEI AUSSCHLIESSLICH OBJEKTIV FREMDEN GESCHÄFTEN

I. Der Meinungsstand

Bereits in den Motiven findet sich die Aussage, der Geschäftsführerwille werde sich in der Regel schon durch das bewußte Eingreifen in fremde Angelegenheiten manifestieren [1]. Im Schrifttum ist dieser Gedanke zuerst nicht aufgegriffen worden; Aussagen, wie die Lobes [2], bei äußerlich fremden Geschäften werde regelmäßig anzunehmen sein, der Handelnde wolle für den Eigentümer tätig werden, blieben vereinzelt. Das Reichsgericht jedoch begnügte sich häufig damit, die objektive Fremdheit des Geschäfts festzustellen und ging dann stillschweigend vom Vorliegen des Willens aus [3]. Der Wille trat so fast völlig in den Hintergrund [4]. Die Entscheidung RGZ 143, 91, in der - ohne daß es im konkreten Fall darauf ankam - die Möglichkeit einer Willensvermutung bei objektiv fremden Geschäften generell verneint wurde [5], fällt aus dem Rahmen der sonstigen Rechtsprechung.

Der BGH tendierte von Anfang an dazu, den Geschäftsführerwillen aus den Umständen, d.h. dem Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts, zu schließen. Dabei finden sich in den Entscheidungen [6] Pauschalaussagen, wie "es liege auf der Hand" und "der Beklagte habe ersichtlich nicht den Willen gehabt" [7], aber auch die Abwägung der einzelnen Indizien [8]. Im Selbstopferfall [9] taucht erst-

---

1) Mot II, S 856.

2) In Planck-Lobe, 2 b zu § 677.

3) Etwa RGZ 82, 206, 214 (Dombrandfall); 167, 85; vgl. aber RGZ 167, 55, 59, wo gesagt wird, der Wille sei äußerlich erkennbar geworden. Siehe auch den Überblick über die Rechtsprechung bei Rother, GoA, S 22 ff.

4) Vgl. dazu auch Rother, GoA, S 38.

5) aaO, S 95.

6) Angeführt werden hier auch Urteile, die gleichzeitig objektiv eigene und objektiv fremde Geschäfte betrafen, jedoch allgemein gemeinte Aussagen enthalten. Zum Teil hat der BGH ohnedies nicht angesprochen, daß nach seinen sonstigen Vorstellungen ein auch eigenes Geschäft anzunehmen wäre (vgl. etwa BGHZ 1, 57; 31, 329).

7) BGHZ 1, 57, 62 bzw 27, 317, 326 - die zuletzt genannte Entscheidung wird unten S 148 erörtert.

8) BGHZ 16, 12, 16; BGH VersR 1958, 168.

9) BGHZ 38, 270.

mals der Begriff der Vermutung auf. Es heißt dort [1], da die Rettung durch den Kraftfahrer ihrer Natur nach in den Bereich des Beklagten falle, spreche schon "eine gewisse Vermutung dafür, daß das Geschäft für den anderen, den es angeht, besorgt worden ist". Spätere Urteile nehmen dann ohne Einschränkung eine Vermutung [2] an; welche Art von Vermutung gemeint ist, wird nicht deutlich gemacht.

Die Rechtsprechung der anderen Gerichte hat sich dem BGH angeschlossen und geht heute davon aus, bei der Besorgung objektiv fremder Geschäfte spreche eine Vermutung für den Geschäftsführungswillen [3] - zumindest wird so formuliert [4].

In der Literatur reicht die Skala von der Ablehnung jeglicher Vermutung [5] über die Annahme einer Indiztatsache [6], einer Anscheinsbeweisregel [7] bis zur echten widerleglichen Tatsachenvermutung [8]. Manchmal wird auch nur von einer - nicht näher gekennzeichneten - Vermutung [9] oder einer "gewissen Vermutung" [10] gesprochen.

---

1) aaO, S 276.

2) BGHZ 40, 28, 31; BGH NJW 1971, 609, 612. - Abweichend aber BGH BB 1969, 194: in der Regel werde der Handelnde den Willen haben, das Geschäft des anderen zu besorgen. Unklar BGH LM Nr 3 zu § 683 BGB.

3) ZB OLG Köln VersR 1968, 246, 247 (Berufungsurteil zu BGH NJW 1969, 1205) "tatsächliche Vermutung"; BayObLGZ 1968, 200, 204; LG Bonn FamRZ 1970, 321, 322.

4) So in BayObLGZ 1968, 200, 204, wo im Ergebnis eine andere Auffassung vertreten wird (dazu unten S 150).

5) Soergel-Mühl, 3 zu § 677.

6) Erman-Hauß, 2 c vor § 677; wohl auch Esser II, § 98 IV 1 a; Enneccerus-Lehmann, § 165 III 2; Lange, JZ 1963, 551; Kallfez, MDR 1963, 545; P. Klein, S 89.

7) Palandt-Thomas, 2 b zu § 677; Isele, S 161; Spiess, S 8 f; Helm, VersR 1968, 210; Gursky, JurA 1969, 103 ff.

8) So wohl BGB-RGRK-Denecke, 2 zu § 677; Fikentscher, § 83 II 1 b.

9) Larenz II, § 57 I a (S 272: Im allgemeinen wohl zu vermutender Wille); Lent, S 136.

10) Staudinger-Nipperdey, 5 zu § 677 ("häufig eine gewisse V."); wohl auch Neuffer, S 26.

II. Das objektiv fremde Geschäft als Voraussetzung einer gesetzlichen Tatsachenvermutung

Ohne weitere Klärung des Begriffs "objektiv fremdes Geschäft" kann festgestellt werden, daß dieses Geschäft nicht Grundlage einer widerleglichen Tatsachenvermutung iSd § 292 Satz 1 ZPO sein kann [1]. § 292 ZPO setzt voraus, daß ein Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung aufgestellt hat. In den §§ 677 ff ist dies, soweit es sich um das objektiv fremde Geschäft handelt, nicht ausdrücklich geschehen. Auch durch extensive Auslegung bzw. Rechtsfortbildung der genannten Bestimmungen - sofern man diese Wege der Rechtsfindung hier für gangbar hält [2] - kann man nicht zu einer gesetzlichen Vermutung kommen. Bei ihrer Annahme bedürfte der Geschäftsführungswille, ungeachtet der umstrittenen Frage, ob diese Vermutung als Beweisregel oder Beweislastregel zu betrachten ist [3], keines Beweises [4]. Damit würde eine erhebliche Beweiserleichterung geschaffen, insbesondere für den praktisch wichtigsten Fall des klagenden Geschäftsführers. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb die Regelung der GoA durch das Fehlen dieser Beweiserleichterung lückenhaft sein soll. Beim objektiv fremden Geschäft, gleichgültig wie man es definiert, muß das Verhalten des Geschäftsführers eine objektive Beziehung zu einem anderen herstellen. Die Vermutung des Fremdgeschäftswillens wäre nur dann gerechtfertigt, wenn daraus erfahrungsgemäß auf jenen Willen geschlossen werden könnte. Trifft diese Voraussetzung aber zu, so kann in einem solchen Fall auch nach den allgemeinen beweisrechtlichen Vorstellungen der Wille bewiesen sein [5]. Ein Bedürfnis für die weitergehende Willensvermutung im Rahmen der §§ 677 ff ist nicht zu erkennen.

---

1) Der Sprachgebrauch ist nicht einheitlich. Baumbach-Lauterbach (1 A zu § 292 ZPO) nennen die Vermutungen des § 292 ZPO Rechtsvermutungen; als Tatsachen- oder tatsächliche Vermutungen sehen sie die aus der Lebenserfahrung gezogenen Schlüsse an (1 B zu § 292 ZPO). Andere verwenden nur bei § 292 ZPO den Begriff Vermutung (ohne Zusatz) oder gesetzliche Vermutung, etwa Grunsky § 40 II 3b (S 361); Stein-Jonas-Schumann-Leipold, I zu § 292 ZPO. Wie hier ("gesetzliche Tatsachenvermutung") dagegen Rosenberg-Schwab § 117 I 4; Leipold, S 76 ff; Rosenberg, S 199 ff.

2) Verneinend offenbar Baumbach-Lauterbach, 2 B zu § 292 ZPO ("ausdrücklich" vorgeschrieben); mE zu Recht aA etwa Rosenberg, S 223.

3) Zum Meinungsstand vgl. die ausführliche Darstellung Leipolds, S 79 ff.

4) Statt aller Stein-Jonas-Schumann-Leipold, I4b zu § 292 ZPO.

5) Dazu unten S 145.

Der Gedanke einer Rechtsfortbildung [1] scheidet umsomehr aus, als der Gesetzgeber die Beweisschwierigkeiten erkannt [2], aber dennoch auf eine Regelung verzichtet hat.

III. Das objektiv fremde Geschäft als Grundlage eines Anscheinsbeweises, einer tatsächlichen Vermutung oder eines Indizienbeweises

Unabhängig davon, wie Anscheinsbeweis, sog. tatsächliche Vermutung und Indizienbeweis voneinander zu unterscheiden sind, besitzen sie jedenfalls eine gemeinsame Eigenschaft. Diese besteht darin, daß aus wenigstens einer tatbestandsfremden Tatsache nach Erfahrungssätzen auf das Vorliegen einer vom Gesetz geforderten Tatsache geschlossen wird [3]. Ein solcher Schluß ist nicht möglich und in einem rechtlich geordneten Verfahren unzulässig, wenn nicht für seine generelle Richtigkeit mindestens [4] eine größere Wahrscheinlichkeit spricht als für seine Unrichtigkeit. Ob auch die Folgerung des Fremdgeschäftswillens aus dem Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts diese Bedingung erfüllt, kann erst gesagt werden, wenn geklärt ist, was im einzelnen mit diesem Begriff ausgedrückt werden soll. Im Folgenden wird daher zunächst untersucht, welchen Inhalt Rechtsprechung und Lehre dem Begriff objektiv fremdes Geschäft geben und ob bei den mit dem Begriff erfaßten Sachverhalten generell die Wahrscheinlichkeit eines Fremdgeschäftswillens besteht.

1. Das objektiv fremde Geschäft und die Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens

a) Überblick über die zum objektiv fremden Geschäft vertretenen Auffassungen

aa) Seit Sturm verfrüht begrüßte, daß durch die Entscheidung der Ersten Kommission die Differenzierung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften aufgegeben sei [5], haben sich die bereits im gemeinen Recht zahlreichen Ver-

---

1) Sei es als Lückenfüllung oder Rechtsfortbildung extra legem (zur Abgrenzung vgl. Larenz, Methodenlehre, S 382 ff).

2) Siehe Mot II, S 856, 871.

3) Einzelheiten unten S 137 ff.

4) Womit nur die unterste mögliche Grenze angedeutet sein soll.

5) Sturm, Lehre, S 30. - Sturm (aaO) hielt die Feststellung des Begriffs objektiv fremdes Geschäft für "geradezu unmöglich"; ähnlich resignierend v. Tuhr S 173 und später Isele, S 162.

suche [1], das objektiv fremde Geschäft zu definieren, nur noch vermehrt. Im Schrifttum wurden insbesondere um die Jahrhundertwende und in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB immer wieder neue Lösungsvorschläge gemacht. Die Rechtsprechung hat zwar eine gewisse Konstanz entwickelt, sah sich aber nie veranlaßt, ihren Ausgangspunkt dogmatisch zu klären und abzusichern. In Einzelfällen war sie daher gezwungen, als unbillig empfundene Ergebnisse mit zweifelhaft erscheinenden Hilfserwägungen abzuwenden [2]. Trügerisch wirkt die Sicherheit der Rechtsprechung aber insbesondere deshalb, weil möglicherweise unter dem objektiv fremden Geschäft iSd § 677 und dem des § 687 etwas anderes verstanden wird [3]. Es soll nun nicht der Versuch unternommen werden, alle vertretenen Begriffserläuterungen und ihre Varianten darzustellen; der Erkenntniswert eines solchen Verfahrens wäre ohnedies nur gering. Vielmehr werden nur die wesentlichen Gruppen angeführt, wobei unberücksichtigt bleibt, daß in Rechtsprechung und Lehre manchmal auch mehrere Definitionen nebeneinander angeboten werden.

bb) Von vornherein entziehen sich allerdings bloße Begriffsumschreibungen einer Diskussion, da sie nur neue Fragen aufwerfen. Es handelt sich dabei um Formulierungen wie: das Geschäft sei sachlich [4], gegenständlich [5] oder seinem Wesen nach [6] fremd, es gehe inhaltlich einen anderen an [7]. Entsprechendes gilt für Definitionen, die auf den äußeren Anschein der Fremdheit abstellen [8]. Hier bleibt im Dunkeln, wann eine Handlung den Eindruck der Fremdheit erweckt. Schließlich müssen als untauglich auch solche Versuche, den Begriff des objektiv fremden Geschäfts zu bestimmen, außer Betracht bleiben, bei denen gefragt wird, ob nach dem Willen der Gesamtrechtsordnung letztlich der Ge-

---

1) Nachweise zur gemeinrechtlichen Literatur etwa bei Zimmermann, neg. gest., S 6 FN 2; Vangerow, § 664 (S 503); Niewiarra, S 8 ff.

2) Vgl. etwa oben S 56 f (zu BGHZ 54, 157).

3) Vgl. unten S 136. - Gedacht ist hier aber auch an die Anerkennung relativer Rechte als Eingriffsgegenstand bei § 687 (besonders deutlich Nipperdey, S 165 f, 171). Diese in der Literatur soweit ersichtlich nicht erörterte Frage kann hier nicht vertieft werden.

4) Leonhard, S 424; Keller, § 318 (S 596) "wirklich das Geschäft des anderen"; Planck, 3. Aufl., 2 b zu § 677.

5) BGH LM Nr. 3 zu § 683 BGB.

6) BGHZ 40, 28, 31.

7) Larenz II, § 57 Ia (S 272); Dorn, S 10; BGHZ 1, 57, 62.

8) Staudinger-Nipperdey, 5 zu § 677; ähnlich Enneccerus-Lehmann, § 165 III 2a (S 698); OLG Karlsruhe MDR 1965, 384.

schäftsherr für die Kosten aufkommen muß [1].

cc) Nicht selten findet sich die Meinung, das objektiv fremde Geschäft sei durch die Auswirkung des Geschäftsführerhandelns auf einen anderen charakterisiert. Diese Wirkung soll an dessen Rechten und Rechtsgütern oder auch nur an seinem Vermögen eintreten [2].

dd) Eine andere Ansicht stellt anscheinend mehr in den Vordergrund, welches Ziel der Geschäftsführer verfolgt. Sie fordert einen Eingriff in den fremden Rechtskreis oder Interessenkreis [3]. Vereinzelt wird dabei nur auf solche Rechte abgestellt, welche der Geschäftsherr generell verwaltet [4]. Manche sprechen auch vom Eingriff in den Geschäfts- [5] oder Lebensbereich [6] des anderen; einen nachvollziehbaren sachlichen Gehalt haben diese Begriffe wohl nicht mehr.

Ob mit der Verwendung des Wortes Eingriff wirklich ein gezieltes Handeln gemeint ist, ist zweifelhaft. Möglicherweise wird auch hier nur die Wirkung der Handlung auf die genannten Objekte beschrieben.

ee) Die wohl hM stellt auf die Zugehörigkeit eines Geschäfts zum Rechts- oder Interessenkreis eines anderen ab [7]. Dabei ist es nur eine andere Betrachtungsweise, wenn formuliert wird, der Geschäftsführer müsse in einem fremden Rechts- oder Interessenkreis gehandelt haben. In beiden Fällen soll offenbar gemeint sein, daß an sich nur der Geschäftsherr derjenige sei, der die Handlung hätte vornehmen dürfen, weil seine Rechte betroffen sind oder weil sie eigentlich in seinem Interesse lag. Der zuerst genannten Alternative ähnelt die Aussage, ein objektiv fremdes Geschäft liege dann vor, wenn die Rechtsordnung einem anderen die Zuständigkeit zum Handeln gibt [8]. Die zweite Alternative findet eine gewisse

---

1) Canaris, JZ 1963, 655, 659; ähnlich bereits Ihering, S 45 und Chambon, S 33 f.

2) Einzelheiten unten S 134 f.

3) Einzelheiten unten S 126 ff.

4) Einzelheiten unten S 133 f.

5) LG Hamburg MDR 1966, 234 (Geschäftskreis); RG Gruchot 52, 997, 1007 (Vermögensbereich); BGHZ 32, 44, 51 (Geschäftsbereich); Dernburg, Preuß. PrivatR, § 249 (S 663: Vermögenssphäre).

6) Helm VersR 1968, 209, 210 (Lebensbereich); nach Böhmer JR 1967, 178 f muß das Geschäft im Rechts- und Tätigkeitsbereich (!) des anderen liegen..

7) Einzelheiten unten S 126 ff.

8) Einzelheiten unten S 134 f.

Entsprechung in der Auffassung, der Geschäftsführer müsse fremde Belange oder Obliegenheiten wahrgenommen haben [1], aber auch jener, wonach entscheidend sei, ob das Interesse eines anderen herrsche [2].

ff) Die angeführten Verschiedenheiten der Definitionen des objektiv fremden Geschäfts sind einerseits lediglich dadurch bedingt, daß der Aspekt, unter dem die Betrachtung erfolgt, nicht stets derselbe ist. Andererseits bestehen auch - meist nicht offengelegte - Differenzen über die inhaltlichen Anforderungen. Das erscheint als notwendige Folge der Tatsache, daß Rechtsprechung und Schrifttum ohne weiteres von der materiellrechtlichen Bedeutung des objektiv fremden Geschäfts im Rahmen der GoA ausgehen, jedoch keine Klarheit darüber herrscht, worin diese Funktion bestehen soll. Dem Verständnis sicherlich nicht förderlich ist die Verwendung des Begriffes Interesse, noch weniger ist sie es in der Zusammensetzung Interessenbereich.

b) Eingriff in den bzw. Handeln im fremden Rechts- oder Interessenkreis

Für die herrschende Auffassung ist der fremde Rechtskreis das entscheidende Kriterium bei der Bestimmung des objektiv fremden Geschäfts. Meistens wird das mit der Formulierung zum Ausdruck gebracht, das Geschäft müsse zum Rechtskreis eines anderen gehören [3]. Manchmal wird auch vom Handeln im fremden Rechtskreis [4] oder vom Eingriff [5] in ihn gesprochen. Zum Teil wird jeweils der Interessenkreis als Bezugsobjekt mit hinzugenommen [6].

1) Einzelheiten unten S 135 f.

2) Einzelheiten unten S 132.

3) Vgl. etwa RGZ 138, 45, 48 (zu § 687); RG JW 1926, 2920 f; BGH LM Nr 2 zu § 677 BGB, LM Nr 5 zu § 683 BGB; BGH NJW 1964, 1853 (zu § 687); BGHZ 54, 157, 161; OLG Koblenz NJW 1953, 1632 f; LG Bonn, FamRZ 1970, 321; Neizert, S 20; Brüggemann, DAR 1954, 151; Oertmann 3/4, 3 b vor § 677; Erman-Hauß, 2c vor § 677.

4) Vgl. Larenz, Vertrag und Unrecht, S 127; LG Heidelberg, VersR 1968, 53 f.

5) RGZ 58, 321, 322 (zu § 687; "Benutzung eines fremden ausschließlichen Rechts"); RGZ 143, 91, 95 (allgemein als Merkmal der GoA betrachtet); Schwarz JZ 1966, 162, 166 (Rechtssphäre); Stoll[2], S 246; Kreß, BT § 36, 1 Aa (S 339); Isele, S 162; BGB-RGRK-Denecke, 1 zu § 687 und 2 vor § 677, siehe aber auch 2 zu 677 (äußere Erscheinung).

6) BGH LM Nr 17 zu § 683; BGHZ 40, 28, 31; BAG AP Nr 1 zu § 687 und die Anm Iseles; vgl. auch BAG AP Nr 3, 4 zu § 687; Crome, S 630; Baring, SächsArch BürgR XIV, S 539; Palandt-Thomas, 2 b zu § 677; Isele RdA 1962, 52, 56; ausdrücklich abgelehnt von Kreß, BT, § 36 1. Aa (S 339).

aa) Was im einzelnen unter einem Eingriff in den Rechtskreis eines anderen verstanden werden soll, ist nicht eindeutig festzustellen, da weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung dieses Merkmal näher erläutert wird. Zum Rechtskreis eines Menschen wird man jedoch sicher die absoluten Rechte und die Rechtsgüter, wahrscheinlich auch die rechtlich geschützten Interessen zu zählen haben. Zweifelhaft ist, ob relative Rechte ebenfalls hierher gehören. Die Konsequenz wäre, daß etwa eine Einwirkung Dritter auf die verkaufte aber nicht übereignete Sache objektiv als Geschäft des Käufers anzusehen sein könnte. Solche Folgerungen sind jedoch von der hM noch nie gezogen worden. Unbestritten aber fallen unter den Begriff Eingriff in den fremden Rechtskreis solche Handlungen des Geschäftsführers, die auf den Gegenstand eines absoluten Rechts oder eines Rechtsgutes einwirken. An diesem gesicherten Fall soll daher die Frage der Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens überprüft werden.

Es fällt bereits auf, daß die an das Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts geknüpfte Vermutung eines Fremdgeschäftswillens nicht recht vereinbar ist mit der fast allgemein vertretenen These, das objektiv fremde Geschäft bei der GoA sei identisch mit dem des § 687.

Verkauft der Geschäftsführer eine fremde Sache, so greift er in einen fremden Rechtskreis ein und führt damit ein objektiv fremdes Geschäft. Sein Handeln kann eine GoA, aber auch eine irrtümliche oder angemaßte Eigengeschäftsführung nach § 687 sein. Der Unterschied besteht lediglich im Subjektiven, nämlich im Bewußtsein und Willen des Geschäftsführers. Warum aus dem Vorliegen des objektiv fremden Geschäfts auf einen bestimmten Willen, nämlich den, dem Geschäftsherrn zu nützen, geschlossen werden könnte, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn feststünde, daß der Geschäftsführer das Bewußtsein der Fremdheit hat, wäre nichts gewonnen. Immer noch bleiben die gleichwertigen Möglichkeiten des Eigengeschäfts- und des Fremdgeschäftswillens. Erst weitere, hinzutretende Momente können die Akzente verschieben. Handelt es sich bei der verkauften Sache um das reife Obst des im Krankenhaus liegenden A und ist sein Nachbar N der Geschäftsführer, so spricht viel für den Fremdgeschäftswillen des N. Aber auch hier können andere Schlußfolgerungen angebracht sein, etwa wenn N und A verfeindet sind. Das Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts allein gibt daher jedenfalls im Beispielsfall des Verkaufs einer Sache keinen Anhaltspunkt für eine Willensvermutung.

Zweifelhaft kann allerdings sein, ob diese Aussage einer Verallgemeinerung zugänglich ist. Der Ausgangspunkt der Überlegungen wies nun zwar die Besonderheit auf, daß der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn eine Sache entzog. Entsprechende Folgerungen sind aber auch bei Sachbeschädigungen als Eigentums-

verletzungen zu ziehen; auch hier besteht die Möglichkeit einer GoA [1], ebenso wie die der Eigengeschäftsführung. Die Wahrscheinlichkeit eines Fremdgeschäftswillens besteht dagegen, wenn die Tätigkeit des Geschäftsführers die Pflege oder Bewahrung des fremden Gegenstandes zur Folge hätte. Hier wird wohl kaum eine Geschäftsanmaßung in Betracht kommen; allenfalls könnte dem Geschäftsführer das Bewußtsein der Fremdheit fehlen und daher ein Fall des § 687 I vorliegen. Eine Eigengeschäftsführung kann im Grundsatz überhaupt nicht vorliegen, falls der Geschäftsführer Rettungs- oder Pflegehandlungen an einer Person vornimmt. - Mit der Verwendung des Kriteriums "pflegender, dem Geschäftsherrn nützender" Eingriff in den fremden Rechtskreis wird jedoch nicht mehr an das objektiv fremde Geschäft allgemein, sondern an eine bestimmte Art solcher Geschäfte angeknüpft. Mag das auch das praktische Verfahren der hM sein, so stimmt es doch nicht mit ihrem theoretischen Ausgangspunkt, der Identität des objektiv fremden Geschäfts bei § 677 und bei § 687, überein.

Gegen die Annahme, aus dem Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts in dem o.a. Sinne könne auf den fremden Geschäftswillen gefolgert werden, spricht aber auch ein anderes Argument. Bei vorsätzlichen Eingriffen in solche Rechte oder Rechtsgüter, wie sie in § 823 I aufgezählt sind, ist jedenfalls nach hM die Rechtswidrigkeit indiziert [2]. Das bedeutet Rechtswidrigkeit der Rechtsverletzung, wenn das Handeln nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Mit dieser Vorstellung ist eine gleichzeitige Vermutung des Fremdgeschäftswillens kaum vereinbar. Ihr Ergebnis wäre die Annahme eines Teils [3] des Rechtfertigungsgrundes GoA. In dieser generellen Form, für jeden Eingriff in die Rechte und Rechtsgüter des § 823 I also, kann das nicht zutreffen.

Schließlich soll noch ein Problem eigener Art angesprochen werden. Der Eingriff in fremde Rechte kann auch darauf abzielen, andere Rechte des Geschäftsherrn vor Beeinträchtigung zu bewahren. Schlägt etwa A zur Rettung des B dessen Wohnungstüre ein, weil er festgestellt hat, daß in der Wohnung Gas ausströmt, so will er wahrscheinlich mit seinem Handeln Leben, Gesundheit und vielleicht auch Sachgüter des B vor Schaden schützen. Um diesen Zweck zu erreichen, bedient A sich des Mittels eines Eingriffs in fremde Rechte. Für die objektive Fremdheit eines Geschäfts kommt es jedoch nicht auf das bei der einzelnen Geschäftsführungsmaßnahme gebrauchte Mittel, sondern nur auf den angestrebten Erfolg an [4].

---

1) Beispiel: Abreißen einer zum Abriß bestimmten oder Menschen gefährdenden fremden Mauer.

2) So Larenz II, § 72 Ic (S 461 ff) mit Nachweisen zum Streitstand; kritisch etwa Esser II, § 107 I.

3) Der andere Teil wäre das Vorliegen der Voraussetzungen des § 683.

4) Vgl. im einzelnen Niewiarra, S 89 ff.

Daher muß kein objektiv fremdes Geschäft vorliegen, wenn in fremde Rechte eingegriffen wird, wie umgekehrt kein objektiv eigenes vorzuliegen braucht, falls eigene Vermögenswerte aufgewendet werden [1].

Mit diesen Feststellungen zeigt sich aber auch die gegenseitige Abhängigkeit von objektiv fremdem Geschäft und Geschäftsführerwillen. Ob der Eingriff in einen fremden Rechtskreis Mittel oder Zweck ist, läßt sich meist nur bei Kenntnis des Gesamtplans des Geschäftsführers feststellen. Hat B etwa den Schlüssel zu seiner Tür verloren und muß dringend Papiere aus dem Zimmer holen, so kann das Einschlagen der Tür durch den hilfreichen A eigentlicher Zweck seines Handelns sein [2]. Hier würde die hM sicher ein objektiv fremdes Geschäft annehmen, weil in einen fremden Rechtskreis eingegriffen wurde und daran die Vermutung des Fremdgeschäftswillens knüpfen. Das kann sie aber nur, nachdem aufgrund verschiedener Indizien der Plan des Geschäftsführers feststeht, so daß das Einschlagen der Tür nicht nur Mittel zu einem anderen Zweck war. Mit dem Erkennen des Gesamtplans ist jedoch auch bereits weitestgehend die Kenntnis des Fremdgeschäftswillens verbunden.

Im Ausgangsbeispiel, in dem A den B vor einer Gasvergiftung bewahrt, wirkt A allerdings möglicherweise auch auf ein Rechtsgut des B ein, indem er die weitere Gaszufuhr unterbindet. Ist jedoch ein Schaden noch nicht eingetreten, so unterbricht A lediglich eine Kausalkette, deren Fortgang wahrscheinlich zu einer Verletzung von Rechtsgütern geführt hätte. Jetzt muß die Betrachtung hypothetisch werden; die Formel vom Eingriff in den fremden Rechtskreis paßt nicht recht.

bb) Stattdessen könnte man davon sprechen, daß A ein Geschäft besorgt, das zu einem fremden Rechtskreis gehört bzw. in einem fremden Rechtskreis handelt [3], weil sein Verhalten zu solchen Faktoren in Beziehung steht, welche auf Rechtsgüter des B einwirken könnten. In dieser Aussage wird jedoch auch erneut die mangelnde Tauglichkeit der gebrauchten Begriffe offensichtlich. Sehr

---

1) Die letztgenannte Alternative wäre etwa gegeben, wenn A im Ausgangsfall Hauseigentümer wäre und seine eigene Türe eingeschlagen hätte, um seinen Gast B zu retten.

2) Auch diese Aussage kann unrichtig sein, da man Erwartungen des A (etwa: B würde ihm dafür in einer anderen Sache behilflich sein) ebenfalls als Zwecke ansehen könnte. Eine klare Trennung ist wohl nicht möglich.

3) Diese Formulierung erscheint besser, da mit ihr die Verwendung des vieldeutigen Begriffs "Besorgen eines Geschäfts" vermieden wird.

viele menschliche Handlungen können Kausalverläufe verändern, welche für die Rechte anderer von Bedeutung sind [1]. Letzten Endes könnte im vorliegenden Zusammenhang nur ein subjektives Element, nämlich der Gesamtplan des Handelnden, eine Einschränkung bewirken. Gerade über die Finalität des Verhaltens des Geschäftsführers soll jedoch das Vorliegen des objektiv fremden Geschäfts Auskunft geben. Damit erweist sich hier der Wille als ungeeignet, korrigierend zu wirken. Bei Eingriffen in Kausalabläufe der erwähnten Art kann der Fremdgeschäftswille wahrscheinlich sein, er muß es aber nicht. Eine generelle Aussage erscheint nicht möglich.

Versucht man, aus der Formel "Handeln im fremden Rechtskreis" im Wege der Deduktion Aufschlüsse zu erhalten, stößt man wieder auf die nun schon bekannten Schwierigkeiten. Sicher gehören Eingriffe in die Rechte und Rechtsgüter, wohl auch in rechtlich geschützte Interessen anderer hierher; das Erforderliche zu diesem Fall wurde bereits oben gesagt. Sieht man die Erfüllung fremder Pflichten (vgl. § 267) nicht bereits als Eingriff in fremde Rechte, nämlich in Zuständigkeiten, an, so kann sie ebenfalls als Handeln im Rechtskreis eines anderen betrachtet werden. Die Wahrscheinlichkeit eines Fremdgeschäftswillens ließe sich dabei durchaus bejahen. Problematisch ist lediglich, daß es auch nach der herrschenden Theorie der realen Leistungsbewirkung [2] bei der Erfüllung durch Dritte einer entsprechenden Zweckbestimmung durch den Leistenden bedarf, wenn Erfüllung eintreten soll [3]. Der BGH formuliert dies so, der Dritte müsse die Leistung mit dem Willen erbracht haben, die Pflicht des Schuldners zu erfüllen [4]. Voraussetzung der Erfüllung ist also, daß die Zuwendung durch Entlastung des Verpflichteten erfolgt; nach der Ansicht des BGH soll das im Zweifel nicht anzunehmen sein [5]. Will man bei einer Leistung an Dritte nur dann ein Handeln des Geschäftsführers im Rechtskreis des Geschäftsherrn annehmen, wenn seine Leistung Erfüllungswirkung hat, muß man auch das Vorliegen des Erfüllungswillens verlangen. Ist ein solcher Wille aber bereits erforderlich, damit ein Handeln im fremden Rechtskreis, also das derart definierte objektiv fremde Geschäft, bejaht werden kann, hat es keinen Sinn, aus dem objektiv fremden Geschäft den Fremdgeschäftswillen zu folgern. Denn dieser Wille ist mit jenem weitgehend identisch. Abgesehen

---

1) Dieses Problem zeigt sich auch etwa bei den unerlaubten Handlungen, wo eine Begrenzung der Verantwortlichkeit für verursachte Erfolge nach Zurechnungsmerkmalen (Adäquanz etc) erforderlich ist.

2) Dazu S 101.

3) Vgl. Larenz I, § 18 I 4 (S 175).

4) BGHZ 43, 1, 11; 46, 319, 325.

5) BGHZ 46, 319, 325.

davon würde es zu einem Widerspruch führen, wenn man mit dem BGH den Erfüllungswillen verneinte, aus der Tatsache der Leistung aber auf den Fremdgeschäftswillen schlösse [1].

Möglicherweise kann man sich für die Annahme eines Handelns im fremden Rechtskreis damit begnügen, daß der Geschäftsführer eine Leistung erbringt, die mit der vom Geschäftsherrn geschuldeten identisch ist. Das erscheint aber kaum vertretbar, wenn eine Beziehung zum Rechtskreis des Geschäftsherrn nicht besteht, insbesondere etwa bei der Leistung von vertretbaren Sachen oder Geld [2]. Hier könnte nur noch ein Handeln im fremden Interessenkreis in Betracht kommen. Soweit der Geschäftsführer allerdings, wie beispielsweise im Dombrandfall, mit seiner Leistung bewirkt, daß der Geschäftsherr nicht mehr erfüllen kann, wäre auch dessen Rechtskreis berührt. Ob hier generell eine Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens besteht, erscheint sehr zweifelhaft.

Im Ergebnis führt auch die Definition des objektiv fremden Geschäfts als Handeln im fremden Rechtskreis für die Frage der Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens nicht weiter.

cc) Versteht man unter dem Bezugsobjekt beim Eingriff in bzw. Handeln im fremden Interessenkreis nur die rechtlich geschützten Interessen, so kann im vollen Umfang auf die bis hierher erzielten Ergebnisse verwiesen werden.

Ist jedoch mit dem Interessenkreis jedes auch nur tatsächliche Interesse des Geschäftsherrn gemeint, muß eine gesonderte Betrachtung erfolgen. Handeln im fremden Interessenkreis könnte dann bedeuten, daß das Verhalten des Geschäftsführers für die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse einer Person oder Sache, die Gegenstand der Anteilnahme des Geschäftsherrn ist, Bedeutung hat. Diese Umschreibung wäre aber zu weit. Würde man sie zur Bestimmung des Geschäftsherrn anwenden - weil das objektiv fremde Geschäft insoweit von materiellrechtlicher Bedeutung sei -, müßten alle, die neben dem dinglich Berechtigten ein Affektionsinteresse an der Sache haben, Berechtigte und Verpflichtete nach den §§ 677 ff bzw. 687 sein. Für eine Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens vermag zudem bei ihrer Anwendung ebenfalls nichts zu sprechen, denn darüber, welcher Art die Beziehung des Geschäftsführers zu der

---

1) Auf den Zusammenhang zwischen dem Erfüllungswillen iSd § 267 und dem Geschäftsführungswillen weist auch Sinn, NJW 1968, 1859, hin.

2) Beispiel: Geldzahlung des A an den notleidenden B, dem C unterhaltsverpflichtet ist. Wenn der Unterhaltsanspruch gegen C nicht durch Erfüllung untergeht (s. oben), ist nicht ersichtlich, wie dessen Rechtskreis berührt sein soll.

Person oder Sache sein muß, gibt sie keine Auskunft. Diese Beziehung kann auch dadurch hergestellt werden, daß der Geschäftsführer einen Gegenstand zerstört, an dem der "Geschäftsherr" ein Erhaltungsinteresse hat.

Will man dagegen das Handeln im fremden Interessenkreis als ein dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechendes Verhalten definieren [1], verläßt man die Grundlage einer einheitlichen Bestimmung des objektiv fremden Geschäfts bei der GoA und bei § 687. Für die Eigengeschäftsführung wäre eine solche Definition unbrauchbar, da dort häufig schon das Verhalten des Geschäftsführers den Interessen des Geschäftsherrn widerspricht [2]. Der Fremdgeschäftswille allerdings würde wahrscheinlich sein, jedenfalls dann, wenn die Handlung im Interesse des Geschäftsherrn und nicht auch des Geschäftsführers liegt. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß diejenigen, die von einem Handeln im fremden Interessenkreis sprechen, die hier skizzierte Interpretation mit ihren Konsequenzen bejahen.

dd) An dieser Stelle soll noch eine Auffassung angesprochen werden, die der vom Handeln im fremden Interessenkreis zu ähneln scheint. Insbesondere Isay hat nämlich das Interesse des Geschäftsherrn als Bewertungsmaßstab für die objektive Fremdheit des Geschäfts angesehen. Er meinte, objektiv fremd sei ein Geschäft, dessen beherrschendes Interesse nach der Verkehrsauffassung fremd sei [3]. Die bereits oben angeführten Bedenken gegen eine solche Formulierung gelten auch in dem hier interessierenden Zusammenhang. Solange die Beurteilungskriterien für das Herrschen eines Interesses ungeklärt sind, ist es auch nicht möglich, eine Aussage darüber zu machen, inwieweit generell das Vorliegen eines Fremdgeschäftswillens wahrscheinlich ist.

ee) Die bisher angestellten Überlegungen führten zu dem Ergebnis, daß auf der Grundlage der Vorstellungen der hM nicht angenommen werden kann, der Fremdgeschäftswille sei beim Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts wahrscheinlich. Diese Möglichkeit bestünde nur dann, wenn das objektiv fremde Geschäft bei der GoA anders definiert würde als im Rahmen des § 687. Dafür, daß Rechtsprechung und Lehre die These der Begriffsidentität fallen gelassen haben, besteht jedoch kein Anhaltspunkt. In der praktischen Konsequenz allerdings wird meist nur bei solchen objektiv fremden Geschäften die Frage der Willens-

---

1) Ausdrücklich hierauf stellen ab OLG Tübingen MDR 1950, 160 und BayObLGZ 1968, 200, 204; im Ergebnis wohl auch BGHZ 16, 12, 16; zu den materiellrechtlichen Bedenken siehe oben S 17.

2) Beispiel: Ausbeuten eines fremden Patents.

3) Isay, S 67 ff; ihm folgend Freese, S 13; ähnlich Esser II, § 98 IV a.

vermutung angeschnitten, bei denen die Möglichkeit einer irrtümlichen oder angemaßten Eigengeschäftsführung nach der Lebenserfahrung nicht in Betracht kam [1]. Speziell für die Rechtsprechung kann daher gesagt werden, daß zwar ein zu weiter Obersatz - Willensvermutung bei (allen) objektiv fremden Geschäften - formuliert wird, das tatsächliche Vorgehen sich jedoch nicht in allen Fällen an diesem Obersatz orientiert.

c) Eingriff in Rechte, welche durch den Rechtsinhaber generell verwaltet werden

Unter dem hier interessierenden Aspekt, der Frage nach der Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens, ergeben sich möglicherweise besondere Folgerungen aus der Auffassung Dnistrjanskyjs. Er meint, bei der fremden Geschäftsführung ersetze und ergänze der Geschäftsführer den Rechts- und Wirtschaftsträger in den führenden Funktionen seiner Rechts- und Wirtschaftssphäre [2]. Niewiarra geht von den Thesen Dnistrjanskyjs aus, will zusätzlich noch die "Sozialsphäre" einbeziehen, aber das objektiv fremde Geschäft auf Eingriffe in Rechte und Rechtsgüter beschränken, die "generell verwaltender Tätigkeit" unterliegen [3].

Würden die Genannten die Tätigkeit des Geschäftsführers als Hilfe bei der Verwaltung von Angelegenheiten des Geschäftsherrn betrachten, so läge auch die Annahme des Fremdgeschäftswillens nahe. Allein es zeigt sich insbesondere bei Niewiarra [4], daß es lediglich um die Bestimmung des Geschäftskreises geht. Einer Geschäftsbesorgung zugänglich sollen nur solche Rechte sein, die von ihrer "sozialen Zweckbestimmung" her einer "verändernden und verwaltenden Tätigkeit" unterliegen [5]. Mit der Begrenzung der Objekte verringert sich zwar die Zahl der rechtlich relevanten objektiv fremden Geschäfte. Ein Eingriff bzw.

---

1) Also insbesondere bei Hilfeleistungen, vgl. etwa BGHZ 40, 28 (Löschen eines Brandes); BGH NJW 1971, 609 (Befördern eines Passagiers).

2) Dnistrjanskyj, IhJ 77, 60 ff (61).

3) Niewiarra, S 17 f, 65 ff. Im einzelnen kann auf seine Ausführungen nicht eingegangen werden. Das betrifft insbesondere die Frage, ob die von ihm zu § 687 vertretene Bestimmung des objektiv fremden Geschäfts, unterstellt man ihre Richtigkeit für die Fälle des § 687, auch für die GoA Gültigkeit haben kann, wie Niewiarra meint.

4) Im einzelnen dort S 59 ff.

5) Niewiarra, S 59 ff, 65 ff, 78 ff, 109 f.

eine Einwirkung auf den "Geschäftskreis" bleibt jedoch weiter gefordert [1]. Daher gilt auch für diese Theorie des objektiv fremden Geschäfts hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens das oben Ausgeführte.

d) Zuständigkeit

Wer das objektiv fremde Geschäft danach bestimmt, daß ein anderer als der Geschäftsführer nach der Rechtsordnung für die Vornahme der Handlung zuständig ist [2], unterscheidet sich kaum von denjenigen, die einen Eingriff in den fremden Rechtskreis verlangen. Ohne auf mögliche Verschiedenheiten eingehen zu müssen, kann jedenfalls wegen der Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens auf das Gesagte verwiesen werden. Denn die dort als Eingriff in den Gegenstand fremder Rechte gekennzeichneten unerlaubten Handlungen stellen sich hier als Verletzung fremder Zuständigkeiten dar.

e) Wirkung der Geschäftsführung

Eine ältere Auffassung bestimmt das objektiv fremde Geschäft von der Wirkung des Geschäftsführerhandelns her. Dabei standen zunächst die Auswirkungen auf das fremde Vermögen im Vordergrund [3]. Später wurden die Personenrechte und andere Rechtsgüter mit einbezogen [4]. Welcher Art allerdings diese Wirkungen sein sollen, wird kaum erörtert. Eine ausführliche Erklärung findet sich lediglich bei Aarons [5]. Nach seiner Auffassung muß die Handlung den Inhalt haben, "einem fremden Vermögen ein Objekt der Berechtigung resp. Verpflichtung hinzuzufügen oder ein bereits darin befindliches zu entfernen oder zu modifizieren, oder aber eine dieser Tatsachen zu verhindern".

Diese Formulierung ist - sieht man von der Beschränkung auf das Vermögen ab -

---

1) Vgl. Niewiarra, S 83 ff. - Niewiarra verwendet den Begriff Eingriff nur für die Fälle des § 687; bei der GoA spricht er von Einwirkungshandlung.

2) RGZ 100, 142, 145 (zu § 687); Larenz, Vertrag und Unrecht, S 127; Medicus, § 17 II 1; Neuffer, S 14, der jedoch noch verschiedene andere Definitionen benutzt.

3) Etwa Dankwardt, neg. gest., S 35 f; Windscheid, Pandektenrecht, 8. Aufl., S 854; Aarons, S 195; Dernburg, Pandektenrecht, 7. Aufl., § 122 (S 334), ders., Preuß. PrivatR, § 249 (S 663) - jeweils: Zugehörigkeit des Geschäfts zum fremden Vermögenskreis.

4) Vgl. zB Lent, Geschäftsführung, S 68 ff; ihm folgend Suter, S 15; ebenso Henle, S 122; Isele, S 162.

5) Aarons, S 195.

inhaltlich weitgehend identisch mit jener der hM, wonach ein Handeln im bzw. ein Eingriff in den fremden Rechtskreis erforderlich sei. Lediglich der Blickwinkel mag etwas anders sein, da weniger als bei der hM das Handeln, sondern mehr die Wirkung des Handelns im Vordergrund zu stehen scheint; selbst das kann man aber auch bezweifeln. Umso erstaunlicher ist, daß Aarons' Auffassung fast stets als zu weit und zu unbestimmt abgelehnt wurde [1].

Für die Ausführungen Aarons' wie auch die Meinung, welche die Auswirkung des Handelns auf Rechte und Rechtsgüter anderer nicht präzisiert, gilt jedoch das bereits zur hM Gesagte. Da sie generell schädigende wie nützliche Eingriffshandlungen mit erfassen, kann von einer Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens nicht ausgegangen werden.

f) Wahrnehmung fremder Belange oder Obliegenheiten

Nicht ganz klar ist, welche Bedeutung vereinzelt anzutreffende Formulierungen wie: es müßten fremde Obliegenheiten oder die Belange eines anderen wahrgenommen worden sein, haben. Die Schwierigkeit besteht zum einen darin, daß weder völlig sicher ist, ob mit ihnen das objektiv fremde Geschäft oder die Geschäftsbesorgung umschrieben wird [2]. Zum anderen sollen sie, wenn sie sich auf das objektiv fremde Geschäft beziehen, manchmal ausdrücken, der Geschäftsherr müsse zu der vom Geschäftsführer vorgenommenen Handlung verpflichtet sein [3], manchmal, die Handlung müsse in seinem Interesse liegen [4].

---

1) Vgl. etwa Niewiarra, S 9 mwN.

2) Dazu oben S 19 ff. Vgl. etwa BGHZ 45, 223, 229, wo die Geschäftsbesorgung iSd § 675 u.a. als Wahrnehmung bereits bestehender Obliegenheiten bezeichnet wird. Ähnlich BGHZ 46, 43, 47 (zu § 362 HGB).

3) Besonders deutlich ist die Entscheidung BGHZ 55, 207, in der ausgeführt wird, ein Geschäft der beklagten Berufsgenossenschaft hätte nur vorgelegen, wenn eine ihr nach der RVO obliegende Aufgabe erfüllt worden sei (aaO, S 209). Vgl. auch LG Bielefeld FamRZ 1967, 335, 337, wo eine GoA des Krankenhauses für die Mutter abgelehnt wurde, da mit der Behandlung des Kindes keine der Mutter "obliegende Unterhaltspflicht" erfüllt wurde; die Operation habe sie nicht selbst vornehmen können (!) und zu Geldleistungen sei nur der Vater verpflichtet. Auf die Verpflichtung stellen wohl auch BGH NJW 1971, 609, 612 und OLG Köln VersR 1968, 246 ab.

4) BGHZ 38, 270, 275: Da der Beklagte vor Verletzungen bewahrt wurde, seien seine Belange wahrgenommen worden.

Für unsere Untersuchung spielt die zuletzt erwähnte Differenzierung indes keine Rolle. Ist der Geschäftsherr zu der von dem Geschäftsführer vorgenommenen Handlung verpflichtet, oder liegt sie in seinem Interesse, so kann generell von der Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens ausgegangen werden, jedenfalls dann, wenn keine eigene Pflicht und kein eigenes Interesse des Geschäftsführers vorliegt. Bei der hier behandelten Definition des objektiv fremden Geschäfts - die sicher nicht auf § 687 zu übertragen ist - sind daher Schlüsse auf den Willen des Geschäftsführers möglich.

g) Die Tätigkeit als Gegenstand fremder Sorge

Das unter f) Gesagte gilt in gleicher Weise für jene Ansicht, nach der ein objektiv fremdes Geschäft dadurch gekennzeichnet sei, daß die Tätigkeit des Geschäftsführers Gegenstand fremder Sorge sei [1]. Ein inhaltlicher Unterschied zu der Wahrnehmung fremder Belange oder Obliegenheiten besteht wohl nicht. Beide Formulierungen werden daher auch manchmal nebeneinander verwandt. Auch hier muß jedoch beachtet werden, daß verschiedentlich bereits der Begriff der Geschäftsbesorgung als Tätigkeit, die Gegenstand fremder Sorge ist, charakterisiert wird.[2].

h) Ergebnis

Mit der überwiegenden Zahl der Begriffsbestimmungen des objektiv fremden Geschäfts werden zu unterschiedliche Fallgruppen erfaßt, als daß von einer generellen Wahrscheinlichkeit des Fremdgeschäftswillens gesprochen werden könnte. Das ist vielmehr nur dann möglich, wenn man entweder verlangte, das Ergebnis des Geschäftsführerhandelns müsse im Interesse des Geschäftsherrn liegen, oder, die Handlung habe auf den Gegenstand des Rechtes eines Geschäftsherrn pflegend oder erhaltend zu wirken. Entsprechendes gilt für die vereinzelt vertretene Auffassung, wonach das Verhalten des Geschäftsführers Gegenstand fremder Sorge oder Wahrnehmung fremder Belange bzw. Obliegenheiten sein müsse. Dabei ist allerdings nicht zu verkennen, daß die zuletzt genannten Definitionen die Gefahr eines subjektiven Einschlags bergen. In jedem Fall aber können sie für die Bestimmung des objektiv fremden Geschäfts bei der angemaßten Eigengeschäftsführung (§ 687 II) nicht herangezogen werden.

---

1) RG JW 1926, 2920 f (nur als zusätzliches Merkmal verwandt); Böhmer JR 1967, 178 (ebenfalls nur zusätzlich).

2) So wohl RGZ 82, 206, 214; 97, 61, 65 f.

2. Anscheinsbeweis, tatsächliche Vermutung und Indizienbeweis

Die unter 1. angestellten Überlegungen führten zu der Erkenntnis, daß nur dann eine Wahrscheinlichkeit für den Fremdgeschäftswillen spricht, wenn der Geschäftsführer die Belange oder Obliegenheiten eines anderen wahrnimmt, pflegend oder bewahrend in den Gegenstand fremder Rechte bzw. in Rechtsgüter eingreift oder im alleinigen Interesse eines anderen handelt. Damit kann der Frage näher getreten werden, inwieweit der Wille, für denjenigen zu handeln, um dessen Rechte, Belange oder Interessen es geht, in solchen Fällen [1] zu "vermuten" ist. Genauer gesagt: Es ist festzustellen, ob hier jener Wille Gegenstand eines Anscheinsbeweises, einer tatsächlichen Vermutung oder eines Indizienbeweises ist.

a) Anscheinsbeweis

Die Beantwortung der Frage, ob in den angeführten Fallgruppen ein Anscheinsbeweis [2] für den Fremdgeschäftswillen angenommen werden darf, kann nicht erfolgen, ohne daß kurz auf die Hauptmerkmale dieses von der Rechtsprechung entwickelten [3] Beweises eingegangen wird. Die Auffassungen, die sich grundlegend von der überwiegenden Meinung unterscheiden [4], werden dabei nicht geschildert; es wird jedoch später noch auf sie eingegangen werden [5].

aa) Beim Anscheinsbeweis folgert das Gericht auf Grund von Erfahrungssätzen über typische Geschehensabläufe von unstreitigen oder bewiesenen Tatsachen auf eine bestrittene Tatsache, welche ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal erfüllt [6]. Der Anscheinsbeweis gehört zur Beweiswürdigung und bewirkt keine

---

1) Der Ausdruck objektiv fremdes Geschäft soll nun hierfür nicht mehr verwandt werden, da er, wie ausgeführt, im Rahmen des § 687 eine andere Bedeutung haben muß.

2) Beweis des ersten Anscheins, prima-facie-Beweis.

3) Dazu insbes. Kollhosser, S 22, 23 ff; vgl. auch Weitnauer, Karlsruher Forum 1966, S 13 und Hainmüller, S 1 - 8.

4) Hier handelt es sich im wesentlichen um die Arbeiten von Wassermeyer, Kollhosser, Diederichsen und Pawlowski (genauer S 141 ff).

5) S 141 ff.

6) So im Ergebnis die überwiegende Meinung, vgl. etwa aus der umfangreichen Rechtsprechung RGZ 130, 357, 359; 134, 237, 241 f; 138, 199, 201; 153, 135, 137 f; 163, 21, 27 f; BGHZ 2, 82, 85; 24, 308, 312; 39, 103, 107 f; BGH LM Nr 7, 11, 12, 20, 26, 34, 42a, 53, 55 zu § 286 (C) ZPO; BGH NJW 1951, 70; BVerwGE 14, 181, 184; 20, 229, 231 f; - weitere Nachweise zur Rspr bei Kollhosser, S 32-74; im Schrifttum zB

Umkehr der Beweislast [1], so daß er nur durch den Beweis des Gegenteils zu erschüttern wäre. Er wird vielmehr bereits entkräftet, wenn der Prozeßgegner Tatsachen behauptet und beweist, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Verlaufs im konkreten Fall ergibt (Gegenbeweis) [2].

Generell gegen die Möglichkeit eines Anscheinsbeweises für den Fremdgeschäftswillen scheint zu sprechen, daß dieser Beweis meist als unanwendbar für individuelle Willensentschlüsse angesehen wird [3]. Sein Anwendungsbereich soll viel-

---

Fortsetzung der FN 6) von S 137:

Baumbach-Lauterbach, 3 B Anh. zu § 282 ZPO; Thomas-Putzo, 4 zu § 286 ZPO; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, IV 7 a. aa zu § 282 ZPO; Wieczorek, D II a 1, 2 zu § 282 ZPO; Rosenberg, Beweislast, S 183; Rosenberg-Schwab, § 114, 1.; Henke, JR 1961, 48 f; Fleck, VersR 1956, 329; Blomeyer, § 72 III, 1, 2 und Gutachten, S 1, 13 ff; Tietgen, S 84 ff; vgl. auch Pawlowski, S 1, Hainmüller, S 6 f und Kollhosser, S 51 ff.

1) Anders aber etwa Wassermeyer, S 3 ff; weitere Nachweise insbesondere zur älteren Rechtsprechung und Literatur bei Hainmüller, S 79 f, 174 (FN 86) und Diederichsen, Karlsruher Forum 1966, S 22, FN 14. - Im Ergebnis auch Diederichsen, VersR 1966, 214 f und ZZP 81, 63 ff sowie Pawlowski, S 21 ff (33), 51, 58 ff und passim.

2) St. Rspr, zB RGZ 159, 235, 239; BGHZ 2, 1, 5; 6, 169, 171; 8, 239, 240; BGH LM Nr 3, 11, 10, 15, 42, 53, 53c zu § 286 (C) ZPO; Nr 2 zu § 286 (A) ZPO; BGH NJW 1969, 277; BVerwGE 14, 181, 184; 20, 229, 231 f. Aus dem Schrifttum siehe etwa Baumbach-Lauterbach, 3 B Anh. zu § 282 ZPO; Thomas-Putzo, 4 zu § 286 ZPO; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, IV 7 a. aa zu § 282 ZPO; Wieczorek, D II a 3 zu § 282 ZPO; Rosenberg, Beweislast, S 183 f; Rosenberg-Schwab, § 114, 4; Henke, JR 1961, 49; Hainmüller, S 169 ff (mwN in FN 73 und 85, 86), 217 f; Blomeyer, § 72 III 3 und Gutachten, S 19 f; Tietgen, S 85; Fleck, VersR 1956, 331.

3) BGH LM Nr 11, 42a zu § 286 (C) ZPO; Nr 21 zu § 123 BGB; BGH NJW 1968, 2139 (= LM Nr 38 zu § 123 BGB). Weitere Nachweise bei Kollhosser, S 71 ff. Vgl. aber auch BGH NJW 1958, 177 (= LM Nr 16 zu § 123 BGB). - Aus dem Schrifttum etwa Wieczorek, D II c 1 zu § 282 ZPO; Rosenberg-Schwab, § 114, 2; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, IV 7 a, bb zu § 282 ZPO, die allerdings bei anderen inneren Tatsachen offenbar ausnahmsweise den Anscheinsbeweis zulassen wollen; Baumbach-Lauterbach, 3 B Anh. zu § 282 ZPO; Henke, JR 1961, S 49 ff (Ausnahme: Willensschlüsse in gedachten Lagen, vgl. aaO, S 50 unter 5.); Fleck, VersR 1956, 330 (mit Einschränkungen); Hainmüller, S 225; sowie die in der nächsten FN genannten. AA - mit Einschränkungen - Blomeyer, Gutachten, S 38, anders noch in Zivilprozeßrecht § 72 III 2; Schneider, MDR 1971, S 537 f; Wussow, Rdnr. 50 (S 31), der sehr zweifelhafte Parallelen zur Adäquanz bei psychisch vermittelter Kausalität zieht.

mehr ausschließlich [1] oder jedenfalls insbesondere [2] die Kausalität zwischen Handeln und Erfolg und die Fahrlässigkeit sein. Als Grund für den Ausschluß für den Anscheinsbeweis bei inneren Tatsachen kann nur in Betracht kommen, daß hier Erfahrenssätze über typische Geschehensabläufe - sog. Erfahrungsgrundsätze [3] - nicht existieren [4]. Die historische Entwicklung dagegen, die herkömmliche Beschränkung dieses Beweises auf Kausalität und Verschulden, vermag kein durchschlagendes Argument zu sein. Aber auch die Aussage, bei inneren Tatsachen gebe es keine typischen Geschehensabläufe und damit keine hinreichend gesicherten Erfahrungssätze, will zunächst nicht recht überzeugen. Ihre Richtigkeit hängt letztlich vom Stand der Erkenntnis über die Beziehung zwischen einem Verhalten und seiner Motivation ab. Eine Erörterung dieser - nicht juristischen - Frage ohne Anwendung des notwendigen methodischen Instrumentariums kann nur Mutmaßung sein; das muß allerdings ebenfalls denjenigen entgegen gehalten werden, welche die Möglichkeit eines Erfahrungssatzes über innere Tatsachen generell leugnen oder einen solchen Satz im Einzelfall ohne weiteres annehmen [5]. Für eine Ablehnung scheint aber immerhin zu sprechen, daß

---

1) Wassermeyer, S 5, 15 ff (nur Schuldbeweis; zur vereinzelt gebliebenen Lehre Wassermeyers vgl. Blomeyer, Gutachten, S 21 ff); Diederichsen, Karlsruher Forum 1966, 213, 219 f; Hainmüller, S 170 (haftungsbegründende Kausalität und Fahrlässigkeit).

2) So BGH LM Nr 42 a zu § 286 (C) ZPO; 45 zu § 256 ZPO; BGH NJW 1966, 1263 f; vgl. auch BGH LM Nr 11 zu § 286 (C) ZPO und Nr 18 zu § 9 BEG 1956; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, IV 7 a, aa, bb zu § 282 ZPO (vgl. auch FN 3 Vors.); Thomas-Putzo, 4 zu § 286 ZPO; Blomeyer § 72 III 2 (vor a). - Daß die Rechtsprechung die Anwendung des Anscheinsbeweises auch im praktischen Ergebnis im wesentlichen auf Kausalität und Fahrlässigkeit beschränkt, zeigen die Untersuchungen von Kollhosser (S 55 ff) und Hainmüller (durchgängig).

3) Der Ausdruck stammt von Hainmüller (S 31) und scheint sich im Schrifttum durchzusetzen (vgl. etwa Rosenberg-Schwab § 114, 1.).

4) So auch etwa Rosenberg-Schwab, § 114, 2; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, IV 7a, bb zu § 282 ZPO (S 1158 f).

5) Abzulehnen sind daher etwa die Ausführungen Blomeyers, Gutachten, S 38, zur Frage, ob die langjährige geschlechtliche Hingabe der Geliebten im allgemeinen entscheidendes Motiv für ihre Erbeinsetzung sei. Blomeyer führt aus, er glaube, die psychologische Situation sei verallgemeinerungsfähig, so daß man von einer typischen Entschließung sprechen müsse, welche den Erfahrungsgrundsatz (Motivierung durch Hingabe) rechtfertige. Hier fehlt die Begründung dafür, daß es, was durchaus zutreffen kann, sich um einen typischen Geschehensablauf handle. - Im Einzelfall allerdings werden häufig Indizien zum Beweis der Motivation führen.

menschliche Entscheidungen von einer außerordentlich hohen Zahl von Variablen bestimmt sein können, welche die Gleichbehandlung mit naturwissenschaftlichen Kausalabläufen nicht mehr zulassen. Statistische Wahrscheinlichkeiten vermögen an dieser Beurteilung nichts zu ändern.

Besondere Probleme wirft jedoch eine rechtliche Überlegung auf, die auf dem Hintergrund der insbesondere in der Rechtsprechung anerkannten Revisibilität der Erfahrungsgrundsätze [1] zu sehen ist. Unser Rechtssystem postuliert grundsätzlich die menschliche Entscheidungsfreiheit. Mit diesem Gedanken würde sich eine Ermächtigung und Verpflichtung des Richters, aus der Tatsache der statistischen Häufigkeit bestimmter Entscheidungen in bestimmten Situationen, Folgerungen auf individuelle Entschließungen zu ziehen, in Widerspruch setzen. Denn sie setzte voraus, daß Menschen sich im naturwissenschaftlichen Sinne gesetzmäßig verhalten und abweichende Verhaltensweise nur durch zusätzliche (individuelle) Faktoren bedingt sind. Im Ergebnis ist daher mit der hM der Anscheinsbeweis für individuelle Willensbeschlüsse abzulehnen. In außergewöhnlichen Einzelfällen, in denen zu einer Entscheidung nur unsinnige Alternativen bestehen, mag das anders sein.

Selbst wenn man in dieser Frage eine abweichende Auffassung hätte, wäre wohl kaum ein Anscheinsbeweis für den Fremdgeschäftswillen anzunehmen. Denn die Fallgruppen, von denen hier ausgegangen wird, bildeten keine hinreichende Grundlage für einen solchen Beweis. Man ist sich heute weitgehend darüber einig, daß der Anscheinsbeweis einen Erfahrungs(grund)satz von besonderer Stärke voraussetzt [2]. Je allgemeiner nun die tatsächliche Situation umschrieben wird, an die der Anscheinsbeweis anknüpfen soll, um so unsicherer wird die Tragfähigkeit des Erfahrungssatzes. Für die hier gewählten Fallgruppen fehlt ein hinreichend gesicherter Erfahrungssatz.

Ob jemand, der fremde Belange oder Obliegenheiten wahrnimmt, sehr wahrscheinlich auch demjenigen nützen will, um dessen Belange es sich handelt,

---

1) Vgl. die ausführlichen Nachweise bei Kollhosser, S 51 ff, 93 ff; Blomeyer, Gutachten, S 44 ff; Hainmüller, S 47 ff.

2) Vgl. dazu etwa Hainmüller, S 28 ff mwN; Rosenberg-Schwab, § 114, 1; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, I 2 b zu § 286 ZPO (hohe Wahrscheinlichkeit), IV a. aa zu § 282 ZPO (nicht genügend nur ein gewisser Grad der Wahrscheinlichkeit); Baumbach-Lauterbach, 3 A Anh. zu § 282 ZPO; Blomeyer, Gutachten, S 16 f; Henke JR 1961, 48; Weitnauer, Karlsruher Forum 1966, 15 (Wahrscheinlichkeitswerte, die erheblich über 50 % liegen).

hängt entscheidend davon ab, inwieweit der Handelnde sämtliche Umstände kennt. Gleiches gilt für das Tätigwerden im objektiven Interesse eines anderen. Häufig wird man eine solche Kenntnis annehmen können, insbesondere bei einfach liegenden Sachverhalten. Einen allgemeinen Erfahrungssatz aufzustellen, erscheint jedoch nicht möglich. Das gilt umso mehr, als selbst dann, wenn der Geschäftsführer alle Umstände kennt, kein überzeugungskräftiger Erfahrungssatz zu bestehen scheint. Soweit nämlich Interessen mehrerer Personen beteiligt sind, besteht auch die nicht nur theoretische Möglichkeit, daß der Geschäftsführer lediglich einem oder einigen von ihnen nützen will [1]. Ähnliche Überlegungen sind anzustellen, wenn man die Fälle betrachtet, bei denen der Geschäftsführer pflegend oder bewahrend in den Gegenstand fremder Rechte eingreift. Hier kann die Kenntnis von der Fremdheit fehlen. Fehlt sie nicht, so besteht immer noch die Möglichkeit, daß die Handlung nur eine Verwendung der Sache für eigene Zwecke vorbereiten soll. Ein Erfahrungssatz, wonach der Handelnde mit hoher Wahrscheinlichkeit den Fremdgeschäftswillen hat, kann daher nicht angenommen werden.

bb) Auch wenn man sich auf den Standpunkt der von der hM abweichenden Auffassung stellt, kommt man zu demselben Ergebnis.

(1) Für Wassermeyer ist der prima-facie-Beweis nur Schuldbeweis [2] und damit auf den Fremdgeschäftswillen nicht anwendbar.

(2) Kollhosser hält die von Rechtsprechung und hL bejahte revisionsgerichtliche Überprüfung, ob das Untergericht die Grundsätze des Anscheinsbeweises verkannt bzw. das Vorliegen eines typischen Geschehensablaufs nicht erkannt habe [3], für unzulässig; ein solches Verfahren verstoße gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung [4]. Das Kriterium vom typischen Geschehensablauf sei inhaltsleer und könne den Anscheinsbeweis von anderen Formen der Beweiswürdigung nicht abgrenzen [5]. Eigenständige Bedeutung habe der Anscheinsbeweis nur insofern, als seine Anwendung in einzelnen Fällen zur Herausbildung gewohnheitsrechtlicher Beweiswürdigungsregeln geführt habe [6].

Für die Annahme des Fremdgeschäftswillens bei den behandelten Fallgruppen

---

1) Beispiel: Der Geschäftsführer unterstützt einen Notleidenden, will aber damit nicht dem Unterhaltspflichtigen nützen.
2) Wassermeyer, S 15 ff.
3) Vgl. oben S 140 FN 1.
4) Im einzelnen Kollhosser, S 51 ff, 93 ff und AcP 165, 51 ff.
5) Kollhosser, S 87 ff und AcP 165, 53.
6) Kollhosser, S 105 ff und AcP 165, 56 ff.

kann auch eine gewohnheitsrechtliche Beweiswürdigungsregel nicht angenommen werden. Die Rechtsprechung ist hier schon nicht eindeutig [1]. Sie setzte sich zudem mit ihrer Aussage, individuelle Willensentschlüsse seien einem Anscheinsbeweis nicht zugänglich, in Widerspruch.

(3) Enka Pawlowski befaßt sich im wesentlichen nur mit dem prima-facie-Beweis des Kausalzusammenhangs und der Schuld. Auf Grund einer Analyse der Rechtsprechung kommt sie zu der Auffassung, es handle sich hier in Wahrheit nicht um Beweiswürdigung, sondern um materiellrechtliche Überlegungen [2]. Soweit der Anscheinsbeweis für andere Fälle als Schadensersatzansprüche verwandt wird, gehe es richtigerweise um materielle Beweisregelungen oder um den Indizienbeweis [3].

Die hier - sehr vereinfacht - wiedergegebenen Ausführungen Pawlowskis könnten zu der Überlegung Anlaß geben, ob sich hinter einem Anscheinsbeweis für den Fremdgeschäftswillen bei objektiv fremden Geschäften nicht materiellrechtliche Überlegungen verbergen. In der Tat besteht der Eindruck [4], daß in der Rechtsprechung das Willensmoment häufig zugunsten objektiver Merkmale in den Hintergrund tritt. Diese Tendenz ist jedoch, wie im ersten Teil der Arbeit ausgeführt, abzulehnen. Im übrigen führten die Untersuchungen Pawlowskis bei den hier behandelten Fragen zu keinem anderen als dem gefundenen Ergebnis.

(4) Das Gesagte gilt in gleicher Weise, wenn man der Untersuchung die ebenfalls materiellrechtliche Betrachtungsweise Diederichsens [5] zugrunde legt. Auf die von ihm zur Kausalität und zum Verschulden formulierten Beweislastgrundsätze braucht hier nicht eingegangen zu werden.

cc) Ein Anscheinsbeweis für den Fremdgeschäftswillen scheidet somit auch dann aus, wenn der Geschäftsführer im fremden Interesse handelt oder er die Belange bzw. Obliegenheiten eines anderen wahrnimmt. Gleiches gilt für den Fall, daß der Geschäftsführer bewahrend oder pflegend in fremde Rechte und Rechtsgüter eingreift.

---

1) Vgl. S 120 f.
2) Vgl. im einzelnen Pawlowski, S 13-50, 57, 58 ff.
3) Pawlowski, S 51 ff.
4) Vgl. S 120 ff.
5) Vgl. Diederichsen ZZP 81, 64 ff; VersR 1966, 211 ff; Karlsruher Forum 1966, 20 ff.

b) Tatsächliche Vermutung

Bei den Formulierungen eingangs dieses Abschnitts wurde stillschweigend unterstellt, es gebe neben den gesetzlichen Tatsachenvermutungen auch tatsächliche Vermutungen, die sich ihrerseits vom Anscheinsbeweis und vom Indizienbeweis unterscheiden. Gerade das aber ist zweifelhaft.

aa) Untersucht man Rechtsprechung und Schrifttum auf diese Frage, muß man erkennen, daß der Inhalt des - in der ZPO nicht enthaltenen [1] - Begriffs "tatsächliche Vermutung" völlig ungeklärt ist. Manche bezeichnen mit ihm [2] etwas, das auch der Definition des Anscheinsbeweises durch die hM genügen würde [3] oder verwenden den Begriff als Synonym für diesen Beweis [4]. Andere betrachten als tatsächliche Vermutung den im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach der Lebenserfahrung gezogenen Schluß von Tatsachen auf andere Tatsachen, also den Indizienbeweis [5]. Auch als Oberbegriff zu den genannten Beweisarten wird die tatsächliche Vermutung aufgefaßt [6].

bb) Mit diesen Ansichten müssen wir uns hier nicht auseinandersetzen, da sie nur einen - entbehrlichen - Zusatzbegriff verwenden. Um mehr geht es jedoch bei jenen, welche an die tatsächliche Vermutung die Folge einer Beweislastumkehrung knüpfen. Dabei besteht Uneinigkeit über die Voraussetzungen, unter denen dies erfolgen soll. Nach einer Auffassung muß die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit des allgemeinen Erfahrungssatzes über den typischen Geschehensab-

---

1) Mit der Einführung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung wurden beweisrechtliche Vorschriften, nach denen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als wahrscheinlich anzunehmen war (praesumtiones homines), aufgehoben; vgl. § 14 II Nr 3 EGZPO. Gemäß § 16 I Nr 1 EG ZPO sollten lediglich die zivilrechtlichen Vermutungen erhalten bleiben.

2) Verschiedentlich wird auch nur von "Vermutung" gesprochen, wobei jedoch nicht die Vermutung des § 292 ZPO gemeint sein soll.

3) Etwa BGH St 4, 182, 185; BVerwGE 14, 11, 16 f; wohl auch Nagel, S 99; umfangreiche Nachweise bei Diederichsen, VersR 1966, 213 (FN 13), Hainmüller, S 43 (FN 233 unter 4.), 77 (FN 460) und Kollhosser, S 51.

4) Etwa BGH NJW 1951, 839 f; BGHZ 2, 1, 5; Helm, VersR 1968, 210; siehe auch die Nachweise bei Pawlowski, S 6 (FN 22).

5) So im Ergebnis BGHZ 28, 188, 191; im übrigen vgl. Kollhosser, S 80.

6) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, I 4 a zu § 292 ZPO.

lauf höher sein als beim Anscheinsbeweis [1], nach einer anderen werden dieselben Anforderungen gestellt wie beim prima-facie-Beweis [2]. Endlich soll der typische Geschehensablauf sogar fehlen, die allgemeine Wahrscheinlichkeit also niedriger liegen können [3].

Soweit wiederum an den typischen Geschehensablauf geknüpft wird, kann auf die oben zum Anscheinsbeweis gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die höhere Wahrscheinlichkeit kann das Ergebnis nicht beeinflussen. Mag auch generell eine große Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß Menschen sich in bestimmten Situationen gleich verhalten, so ist doch, wie ausgeführt, die verbindliche Folgerung dieses Verhaltens im konkreten Fall unzulässig. Das schließt, was zur Klarstellung gesagt sein soll, eine freie Beweiswürdigung auf Grund der Verwertung von Indizien nach Erfahrungssätzen nicht aus [4].

Ebenfalls abzulehnen ist die Annahme einer Umkehr der Beweislast in Fällen geringerer Wahrscheinlichkeit als sie beim Anscheinsbeweis für die Richtigkeit eines Erfahrungssatzes verlangt wird. Der Prozeßgegner hätte sonst bei wahrscheinlicheren Tatsachen den, zumindest abstrakt, leichter zu führenden Gegenbeweis, bei weniger wahrscheinlichen Tatsachen müßte er dagegen den (vollen) Beweis des Gegenteils führen. Dieses Ergebnis wäre nicht einzusehen [5].

Schließlich wird als tatsächliche Vermutung auch die Umkehr der Beweislast nach materiellen Prinzipien bezeichnet [6]. Daß solche Grundsätze für den Fremdgeschäftswillen nicht gelten, wurde bereits oben [7] ausgeführt.

---

1) Etwa Weitnauer, Karlsruher Forum 1966, 15.

2) ZB BVerwGE 3, 110, 113 ff; 5, 275, 278 f; 8, 98, 101; 8, 305, 307; BVerwG DVBl 1957, 130 ff; kritisch zur Rechtsprechung des BVerwG insbesondere Blomeyer, Gutachten, S 39 ff (mwN) und Tietgen, S 56 ff (mwN).

3) Etwa BVerwG DVBl 1956, 337 (weitere Nachweise bei Tietgen, aaO); unklar Baumbach-Lauterbach, 1 B zu § 292, der auf BGH MDR 1959, 114 f verweist; dort wird jedoch eine gesetzliche Tatsachenvermutung behandelt.

4) Insoweit besteht eine Übereinstimmung mit Kollhosser (vgl. oben S 141 f) in der Ablehnung einer Beweiswürdigungsregel.

5) Ähnlich Tietgen, S 65.

6) So Thomas-Putzo, 5b zu § 282 ZPO. Vgl. auch die Ausführungen Hainmüllers, S 99.

7) S 142.

c) Indizienbeweis

Nachdem alle anderen Möglichkeiten ausgeschieden wurden, bleibt nur, daß die angeführten Fallgruppen bei der freien Beweiswürdigung im Rahmen eines Indizienbeweises von Bedeutung sind. Entspricht ein Handeln dem Interesse eines anderen oder werden mit ihm fremde Belange bzw. Obliegenheiten wahrgenommen, wird das häufig als Anzeichen für den Fremdgeschäftswillen betrachtet werden können. Dasselbe trifft zu, wenn der Geschäftsführer in fremde Rechte pflegend oder bewahrend eingreift. Welche weiteren Umstände hinzutreten müssen, damit dieser Wille bewiesen ist, bleibt eine Frage des Einzelfalls und der tatrichterlichen Würdigung. Daher kann hierzu nicht weiter Stellung genommen werden.

Nur zur Vervollständigung der im 1. Teil gemachten Ausführungen sei angemerkt, daß bei der Geschäftsführung durch Unterlassen gegenüber dem Tun ein Mehr an Indizien zum Beweis des Fremdgeschäftswillens erforderlich wäre [1]. Im Selbstopfer-Fall [2] ist zu überlegen, ob der Wille, der zum Erlernen der Ausweichbewegung führte, zumindest auch den Inhalt hatte, den anderen Verkehrsteilnehmer vor Schaden zu bewahren. Das wird man kaum verneinen können. Der Entscheidung des BGH ist daher zuzustimmen.

IV. Ergebnis

Das "objektiv fremde Geschäft" ist weder die Grundlage einer gesetzlichen oder sog. tatsächlichen Vermutung, noch die eines Anscheinsbeweises für den Fremdgeschäftswillen. Selbst wenn man es abweichend von der hM als objektive Wahrnehmung fremder Belange oder als pflegenden und bewahrenden Eingriff in fremde Rechte definiert, kann es nur beim Indizienbeweis Bedeutung erlangen. Da eine solche Definition jedoch zu einer Differenzierung zwischen den objektiv fremden Geschäften der §§ 677 ff und denen des § 687 führte, sollte man den Begriff objektiv fremdes Geschäft im Rahmen der GoA überhaupt fallen lassen. Die Verwendung eines eigenen Ausdrucks lediglich als Sammelbezeichnung für bestimmte Indiztatsachen erscheint ohnedies verfehlt.

---

1) Hält man entgegen der hier vertretenen Auffassung den Anscheinsbeweis für den Fremdgeschäftswillen für zulässig, so kann das mE jedenfalls nicht bei einem Unterlassen gelten. Ein hinreichend gesicherter Erfahrungssatz über typische Geschehensabläufe wird in solchen Fällen kaum bestehen.

2) BGHZ 38, 270; vgl. oben S 9 ff.

§ 14: DER BEWEIS DES FREMDGESCHÄFTSWILLENS BEI DER FÜHRUNG OBJEKTIV AUSSCHLIESSLICH EIGENER GESCHÄFTE

Soweit überhaupt im Rahmen der GoA die Führung ausschließlich objektiv eigener Geschäfte für einen anderen als rechtlich möglich angesehen wird [1], ist es einhellige Überzeugung, daß hier eine "Vermutung" gegen den Fremdgeschäftswillen spreche [2]. Im Ergebnis kann dem zugestimmt werden. Da es sich bei den Sachverhalten, die als objektiv eigene Geschäfte bezeichnet werden, meist um Einwirkungen auf den Gegenstand eigener Rechte handeln wird, sprechen die Indizien hier auch regelmäßig gegen den Fremdgeschäftswillen.

§ 15: DIE WILLENSVERMUTUNG BEI DER FÜHRUNG OBJEKTIV FREMDER GESCHÄFTE DURCH DEN EINEM DRITTEN VERPFLICHTETEN GESCHÄFTSFÜHRER

Rechtsprechung und die wohl hL gehen davon aus, ein objektiv fremdes Geschäft sei dann gleichzeitig ein objektiv eigenes, wenn der Geschäftsführer einem Dritten gegenüber zur Besorgung verpflichtet ist [3]. Das Bestehen eigener vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtungen hat danach also zur Folge, daß das objektiv fremde Geschäft nun auch dem Rechtskreis des Geschäftsführers zuzurechnen ist. Für den Nachweis des Fremdgeschäftswillens werden hieraus jedoch keine Konsequenzen gezogen. Auch bei solchen teils objektiv fremden, teils objektiv eigenen Geschäften soll - insbesondere nach zwei neueren Entscheidungen des BGH - dieser Wille zu "vermuten" sein [4]. Eine Erklärung hierfür wird nicht ge-

1) Dazu oben S 65 ff.

2) Siehe etwa BGB-RGRK-Denecke, 2 zu § 677; Brüggemann, DAR 1954, 151; Helm, VersR 1968, 209 f; vgl. auch BVerfGE 18, 429, 437 und BGHZ 46, 319, 327.

3) Vgl. Nachweise oben S 91.

4) Im Ergebnis RGZ 82, 206, 214 (Dombrandfall); BGHZ 1, 57, 62; ausdrücklich: BGHZ 40, 28, 31 (Funkenflugfall); BGH NJW 1971, 609, 612; BayObLGZ 1968, 76, 86; 1968, 200, 204; OLG Karlsruhe MDR 1965, 384; OLG Köln VersR 1968, 246 f; LG Bonn FamRZ 1970, 321 f. Zum Schrifttum vgl. Hagen NJW 1966, 1896 f; Rietschel Anm. bei LM Nr 15 zu § 683 BGB; Brüggemann DAR 1954, 151; Palandt-Thomas, 2b zu § 677 (tatsächliche Vermutung); Larenz II, § 57 I a (S 272). Im übrigen finden sich kaum Stellungnahmen in der Literatur, da Ausführungen meist nur allgemein zum - auch - eigenen Geschäft erfolgen oder nur vom objektiv fremden Geschäft die Rede ist.

geben - wie im übrigen auch nicht dafür, daß der Geschäftsführer vollen Ersatz [1] verlangen können soll. Auf Widerspruch sind die angeführten Thesen bei einem Teil der Lehre nur insoweit gestoßen, als es um die Vermutung des Fremdgeschäftswillens geht [2]. Eine solche Vermutung wurde gelegentlich auch in der Rechtsprechung ausdrücklich [3] oder stillschweigend [4] verneint. Die Erste Kommission war ebenfalls davon ausgegangen, daß den verpflichteten Geschäftsführer die Beweislast für den Fremdgeschäftswillen treffen müsse. In dem später gestrichenen § 670 E I war eine dahingehende Regelung vorgesehen [5].

Lediglich Neuffer greift bereits die Grundlage der herrschenden Auffassung an. Er meint, der verpflichtete Geschäftsführer besorge stets ein ausschließlich objektiv eigenes Geschäft; Wirkungen, die bei Dritten einträten, seien bloße, unbeachtliche Reflexe, welche das Geschäft nicht zu einem "auch-fremden" machten [6]. Neuffer lehnt es dann auch ab, daß in diesen Fällen die Vermutung für einen Fremdgeschäftswillen sprechen könnte [7].

Nachdem in den vorherigen Paragraphen bereits die Möglichkeit einer "Vermutung" bei ausschließlich objektiv fremden Geschäften verneint wurde, muß das erst recht für das auch-eigene Geschäft gelten. Eine weitere Auseinandersetzung mit der hM unterbleibt daher. Gegenüber Neuffers Ansicht soll nur angemerkt werden, daß er die entscheidende Frage letztlich unbeantwortet läßt, nämlich die, warum die Auswirkung der Geschäftsführung auf Dritte bloßer Reflex sei. Neuffer sieht im Ergebnis die "Erfüllungszuständigkeit" des Schuldners ohne weitere Begründung als abschließendes Zuordnungsmerkmal eines Geschäfts an. Man kann nur mutmaßen, daß dieses Resultat auf ein Mißverstehen der typologisch gemeinten Untersuchung Iseles zurückzuführen ist [8].

---

1) Vgl. etwa BGHZ 40, 28 ff; anders BGHZ 16, 12 ff.

2) ZB bei Medicus, § 17 II 3 a, b (S 164 f) und N 12 (S 404 f); Gursky, JurA 1969, 114, 118. Siehe im übrigen die auf S 121 FN 5, 6 Genannten.

3) RGZ 143, 91, 95; OLG Koblenz NJW 1953, 1632.

4) So wohl BGHZ 27, 317, 326; 31, 329, 332. Auch in BGHZ 16, 12, 16 findet nur eine Abwägung der Indizien statt.

5) Genauer oben S 90 f.

6) Neuffer, S 14 f, 44 ff, 63 ff, 73, 81 ff, 97; im Ergebnis so schon RG Gruchot, 52, 997 ff.

7) Neuffer, S 85.

8) Vgl. etwa die "gleitende Skala" des Verhältnisses von Eigen- und Fremdinteresse bei Isele, S 38 ff. - Eine genauere Untersuchung insbesondere auch der Konsequenzen der Auffassung Neuffers kann hier nicht erfolgen.

Im Folgenden werden anhand von vier Beispielen verpflichteter Geschäftsführer die in dieser Arbeit erzielten Ergebnisse in ihren praktischen Auswirkungen dargestellt und mit der Auffassung der Rechtsprechung verglichen.

1. Fall: Die Beklagte hatte eine ihrer Diesellokomotiven an die Firma H vermietet. Diese war der Beklagten gegenüber verpflichtet, während der Mietzeit die Reparaturkosten zu tragen. Die Mieterin mußte die Maschine im Laufe der Zeit instand setzen lassen. Das geschah beim Kläger. Ohne daß die Reparaturkosten bezahlt worden waren, gab der Kläger die Lokomotive nach ihrer Überholung an die Fa. H zurück, die alsbald danach in Konkurs geriet. Der Konkursverwalter ließ die Lokomotive an die Beklagte zurückgehen (BGHZ 27, 317).

Der BGH hat Verwendungsansprüche des Klägers gegen die Beklagte aus den §§ 994 ff abgelehnt, da der Kläger nicht unrechtmäßiger Fremdbesitzer gewesen sei und die Sache freiwillig wieder herausgegeben habe [1]. Ein Anspruch aus GoA scheide aus, da der Kläger "ersichtlich nicht den Willen gehabt (habe), für die Beklagte als Eigentümerin tätig zu werden".

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung kann dem BGH im Ergebnis, soweit es um Ansprüche aus den §§ 677 ff geht, zugestimmt werden. Dabei kann dahinstehen, ob bei Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis die §§ 994 ff nicht als abschließende Sonderregelung gegenüber der GoA zu betrachten sind. Jedenfalls muß aus der Sicht der Beklagten die Reparatur durch den Kläger als Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung der Fa. H gegenüber der Beklagten erscheinen. Eine Anwendung der §§ 677 ff scheidet daher aus [2]. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgt, wird man aufgrund der - wenigen - bekannten Indizien kaum zur Annahme kommen, der Kläger habe der Beklagten nützen wollen. Denn es steht nach dem in der Entscheidung mitgeteilten Sachverhalte nicht einmal fest, ob der Kläger die Eigentumsverhältnisse an der Lokomotive kannte.

Mit der sonstigen Rechtsprechung ist die Entscheidung des BGH allerdings kaum vereinbar. Hätte das Gericht etwa wie in BGHZ 1, 57, 62 gefragt, ob der Geschäftsführer auch für den handeln wollte, den es objektiv anging, so wäre es kaum möglich gewesen, den Geschäftsführungswillen zu verneinen, zumal ja eine dahingehende Vermutung bestehen soll. Anscheinend wurde hier jedoch dem Vertrag zwischen der Fa. H und dem Kläger eine Sperrwirkung für die GoA

---

1) BGHZ 27, 318 ff.

2) Dazu oben S 100 ff.

beigelegt, ohne daß dies in der Begründung einen Niederschlag fand.

2. Fall: Ein Polizist des klagenden Freistaates Bayern erlitt Verletzungen, als er für die Beklagte, die einen Selbstmordversuch unternommen hatte, einen Krankenwagen herbeirufen wollte (BayObLGZ 1968, 200) [1].

In Übereinstimmung mit der Auffassung des BayObLG wurde oben angenommen, daß ein Anspruch des Freistaates Bayern gegen die Beklagte auf Aufwendungsersatz nach den §§ 677 ff nicht in Betracht kommt [2]. Soweit das Land die ihm von dem Polizisten abgetretenen Ansprüche geltend machte, wurde gesagt, daß jedenfalls keine "sonstige Berechtigung" im Verhältnis des handelnden und zum Handeln verpflichteten Beamten zu der Geretteten vorlag. Zweifelhaft erscheint, ob die GoA deswegen ausscheiden muß, weil der Polizist aus der Sicht der Beklagten eine dem Land ihr gegenüber bestehende Pflicht erfüllte. Ein aktuell bestehendes subjektiv-öffentliches Recht auf Eingreifen der Polizei zu bejahen, fällt deswegen schwer, weil man in dem Selbstmordversuch den Verzicht auf dieses Recht sehen könnte. Ein öffentliches Interesse an dem Bestand dieses Rechts, das die Möglichkeit des Verzichts ausschließen würde [3], liegt insoweit nicht vor, als die Verpflichtung einzugreifen, auch unabhängig von dem Anspruch des einzelnen besteht. Unter dem Blickwinkel der im Grundgesetz enthaltenen Werteordnung wäre jedoch zu überlegen, ob aus der Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 1I GG) nicht folgt, daß auf das Recht, von der Polizei ein Einschreiten zu verlangen, beim Selbstmordversuch nicht verzichtet werden kann. Das mag dahinstehen. Selbst wenn der Anspruch infolge Verzichts nicht (mehr) bestand, kann doch eine eigene GoA des Organwalters Polizist nicht in Betracht kommen.

Die Handlungen eines Organwalters innerhalb seiner Kompetenzen werden dem Organ und damit der juristischen Person zugerechnet [4]. Es wäre allerdings zu begrifflich, aus dieser Zurechnung den Schluß zu ziehen, jener Mensch, der Organwalter ist, nehme damit im Rechtssinne keine eigene Handlung vor. Eine andere Frage ist jedoch, ob sein Verhalten, soweit es der juristischen Person zugerechnet werden muß, und bei ihr rechtliche Wirkungen hervorruft, auch ihm "zugerechnet" werden kann, mit der Folge, daß bei ihm dieselben Rechtswirkungen eintreten. Das allerdings ist als mit dem Zurechnungsgedanken nicht vereinbar zu verneinen. Selbst wenn man den Willen des Polizisten, der Beklag-

---

1) Genauer oben S 86 f.
2) S 89.
3) Dazu Wolff I, § 43 IV.
4) Genauer vgl. Wolff II, § 74 IV, V.

ten zu helfen, als privaten Willen dem klagenden Land nicht zurechnet [1], fehlte es für das Zustandekommen des Schuldverhältnisses GoA an einem relevanten Geschäftsführerhandeln.

Bei dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung des BayObLG zugrunde lag, wäre daher die Frage zu stellen, ob der Polizist als Organwalter gehandelt hat. Das mag vielleicht zunächst davon abhängen, ob er den Willen hatte, privat oder "als Polizist" die Rettungshandlung vorzunehmen. Wenn jedoch, wie im entschiedenen Fall, alle Anzeichen [2] darauf hindeuten, daß er als Amtswalter tätig wurde, muß er das auch gegen sich gelten lassen. Daher kommt ein Anspruch des Polizisten aus den §§ 677 ff nicht in Betracht.

Demgegenüber meint das BayObLG, es komme maßgebend darauf an, ob der Polizist den Willen gehabt habe, über seine Tätigkeit als Polizeibeamter hinaus selbst ein fremdes Geschäft mitzuführen. Ansprüche aus GoA bestünden, wenn dieser Fremdgeschäftswille nachgewiesen sei; gegen einen solchen Willen spräche aber bei der Hilfe durch die Polizei eine Vermutung [3]. Diese Auffassung ist nach dem Gesagten abzulehnen. Daß der Beamte den Willen hatte, der Beklagten zu helfen, ist kaum zu leugnen. Entscheidend ist jedoch, ob sein Verhalten dem Staat zugerechnet wird. Selbst wenn das auch von seinem Willen abhängen sollte, so ist dieser Wille nicht identisch mit dem Fremdgeschäftswillen. Das Gericht behandelt den Fremdgeschäftswillen so, als sei er rechtsgeschäftlicher Natur. Mit dieser Auffassung stellte es sich jedoch außerhalb der überwiegenden Meinung [4]. Man kann nicht annehmen, daß es das beabsichtigte.

3. Fall: Im Jahre 1959 entstanden entlang einer Bahnstrecke in Hessen durch Funkenflug aus vorbeifahrenden Lokomotiven Waldbrände, zu deren Bekämpfung die freiwillige Feuerwehr der klagenden Gemeinde eingesetzt wurde. Diese verlangte Ersatz ihrer Aufwendungen von der Deutschen Bundesbahn (BGHZ 40, 28).

Der BGH hat angenommen, die Klägerin habe objektiv mit dem Löschen ein Geschäft der Beklagten geführt, so daß ihr Fremdgeschäftswillen zu vermuten sei. Daher bestehe der Anspruch gemäß den §§ 683, 670.

Das erste Bedenken gegen die Annahme einer GoA ist bereits, ob hier nicht eine

---

1) Der Organwille würde dann auf der Grundlage der Organinteressen fingiert, vgl. Wolff II, § 74 V b.

2) Der Polizist war offensichtlich mit dem Funkwagen auf einer Streifenfahrt.

3) BayObLGZ 1968, 204.

4) Vgl. oben S 35, 59.

andere Regreßmöglichkeit vorrangig wäre, nämlich die über eine Schadensliquidation im Drittinteresse. Würden die vom Brand bedrohten Grundstückseigentümer eigene Maßnahmen zur Eindämmung des Feuers getroffen haben, so wären ihnen die dabei entstandenen Kosten von der Bundesbahn nach dem SachHG [1] zu ersetzen gewesen [2]. Entsprechendes gilt, wenn das damalige hessische Brandschutzgesetz den Eigentümern die Kosten des Feuerwehreinsatzes zu tragen auferlegt hätte. Das war jedoch nach § 14 dieses Gesetzes nicht der Fall. Damit wurde durch die gesetzliche Regelung der Schaden verlagert. Würde man hier eine Drittschadensliquidation zulassen - und die Anwendung der §§ 677 ff ausschließen - so gälte auch ohne weiteres die Haftungsbegrenzung nach § 4 SachHG. Anders wäre es dagegen bei der Annahme einer GoA; eine Beschränkung der Aufwendung ergibt sich aus den dabei anzuwendenden Vorschriften nicht [3]. Es müßte jedoch überlegt werden, ob die Aufwendungen, die über der in § 4 SachHG genannten Grenze liegen, nach dem Sinn dieses Gesetzes zu erstatten sind. Selbst wenn man annimmt, die §§ 677 ff seien nicht infolge Subsidiarität ausgeschlossen, ist das Vorliegen ihrer Voraussetzungen für den entschiedenen Fall zu verneinen. Es fehlte nämlich der Fremdgeschäftswille; zumindest sprechen die Indizien nicht für sein Vorliegen.

Die Frage, ob neben dem Willen, öffentliche Aufgaben zu erfüllen und die Eigentümer vor weiteren Schäden zu bewahren, auch der Wille vorlag, die gegen den Schädiger gerichteten Schadensersatzansprüche niedrig zu halten, kann nur beantwortet werden, wenn bekannt ist, wer diesen Willen bilden mußte.

Der BGH hat mehrfach entschieden, daß in erster Linie der Zweck einer gesetzlichen Vorschrift ergäbe, ob die Auszahlung einer Rente auch die privatrechtliche Schuld eines Dritten tilgen solle, so daß auch dessen Geschäft besorgt werde. Nur soweit dem auszahlenden Beamten eine eigene Entschließungsfreiheit gelassen werde, komme es auf dessen Willen an [4]. Überträgt man diesen richtig erscheinenden Gedanken auf den hier behandelten Sachverhalt [5], ist zunächst nach den Zwecken des Feuerwehreinsatzes zu fragen, so wie das hessBrandschG (aF) sie sieht. Dieses Gesetz gibt jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, daß der

---

1) Eine Verschuldenshaftung schied im fraglichen Fall aus.

2) Dazu, daß der zu ersetzende Schaden auch die Kosten der Maßnahmen zur Schadensminderung umfaßt vgl. ausführlich Rother, S 154 f.

3) Abgesehen von der Teilung der Aufwendungen, die der BGH eigentlich hätte vornehmen müssen, da er ein auch-eigenes Geschäft der Klägerin annahm (vgl. BGH aaO, S 30).

4) BGHZ 28, 359, 362; 30, 162, 167.

5) Trotz der bestehenden Unterschiede ist das wohl möglich.

Feuerwehreinsatz auch dazu dienen soll, den Umfang des vom Schädiger zu ersetzenden Schadens zu verringern. Das scheint nur ein tatsächlicher Reflex zu sein. Fragt man nach der Willensbildung des Magistrats oder des Bürgermeisters, als des Vertreters der die freiwillige Feuerwehr tragenden Gemeinde, so bestehen im konkreten Fall keine Anzeichen für einen Fremdgeschäftswillen. Schließlich könnte man auch noch überlegen, ob es auf den Willen des Einsatzleiters ankommt. Damit würde diesem jedoch ein Ermessen eingeräumt, welches das hessBrandschG (aF) nicht vorsah und das mit den sonstigen Regelungen des Entgelts bei der Inanspruchnahme gemeindlicher Einrichtungen im Widerspruch steht [1]. Selbst wenn man sich über dieses - mE ausschlaggebende - Bedenken hinwegsetzt, bestanden bei dem Sachverhalt, soweit er sich aus der Entscheidung ergibt, keine Indizien für den Fremdgeschäftswillen. Denn es ist nicht ersichtlich, ob die Feuerwehr überhaupt von der Möglichkeit ausging, der Brand könnte durch eine (unverschuldete) Brandstiftung hervorgerufen sein.

Die Entscheidung des BGH ist daher abzulehnen. Nur der Landesgesetzgeber kann anordnen, daß und in welchem Umfang ein Brandstifter die von ihm verursachten Kosten des Feuerwehreinsatzes zu tragen hat [2]. In Hessen ist das heute durch das Brandschutzhilfeleistungsgesetz [3] geschehen: Gemäß § 42 II dieses Gesetzes ist die Gemeinde nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften oder nach Maßgabe örtlicher Gebührenregelungen berechtigt, Ersatz der durch den Einsatz der Feuerwehr entstandenen Kosten zu verlangen, (Ziff. 3:) "von dem Fahrzeughalter, wenn der Brand beim Betrieb von .... Schienenfahrzeugen .... entstanden ist".

4. Fall: Beim Unfall eines Öltankwagens im Jahre 1963 [4] war Öl ausgelaufen. Die klagende Gemeinde mußte verschiedene Maßnahmen treffen, um eine Verseuchung des Grundwassers zu verhindern. Hierfür verlangte sie Aufwendungsersatz von der Beklagten, bei welcher der Tankwagen haftpflichtversichert war (BGHZ 54, 157).

Der BGH lehnt einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus GoA ab, da sie kein objektiv fremdes Geschäft der Beklagten geführt habe. Zwar müsse die Versicherung dem Versicherungsnehmer die Aufwendungen zur Abwendung und Minderung des Schadens ersetzen (§§ 62 f VVG), solche mittelbaren Beziehungen

---

1) Vgl. dazu die Gemeinde- bzw. Kommunalabgabengesetze der Länder.

2) Ebenso Medicus, § 17 II 3 (aE).

3) Vom 5.10.1970 (GVBl 1970 I S 585).

4) Das Pflichtversicherungsgesetz vom 5. April 1965 (BGBl I 213) muß hier also außer Betracht bleiben, vgl. oben S 55.

reichten aber für die Annahme eines objektiv fremden Geschäfts nicht aus. Anders als in der Entscheidung BGHZ 33, 251 gehöre auch die Vornahme der von dem Geschäftsführer, der Gemeinde, getroffenen Maßnahmen nicht zu den Aufgaben der Versicherung [1].

Die Tatsache, daß die Klägerin öffentlich-rechtlich zum Eingreifen verpflichtet war, schließt eine GoA nicht aus. Gegenüber den §§ 677 ff vorrangig polizeirechtliche Ersatzansprüche bestehen gegen die Beklagte nicht. Ist man trotz der im 3. Fall geäußerten Bedenken der Ansicht, die Gemeinde könne nach ihrem Ermessen Ansprüche aus GoA geltend machen, so muß geprüft werden, inwieweit die Gemeindeorgane auch den Willen hatten, durch ihre Maßnahmen den "Schaden" der Versicherung gering zu halten. Für einen solchen Willen kann immerhin sprechen, daß die Tatsache der Haftpflichtversicherung allgemein bekannt ist und die Gemeindeorgane erkennen konnten, daß ihr Verhalten notwendigerweise der Versicherung zugute kommen würde. Hielte man damit den Fremdgeschäftswillen für hinreichend bewiesen, so scheitert der Anspruch nur deshalb, weil die Voraussetzungen des § 683 nicht gegeben sind [2].

---

1) Zum gesamten BGH aaO S 160 f.

2) Dazu oben S 56.

LEBENSLAUF

Ich wurde am 24. Januar 1939 zu Aachen als Sohn des Kaufmanns Adolf Stein und seiner Ehefrau Antonie geboren. Am 15. Juli 1959 erhielt ich das Reifezeugnis der Dürer-Oberrealschule in Nürnberg. Studium der Rechtswissenschaft in Erlangen und Münster.
Erstes juristisches Staatsexamen: 15. August 1964, zweites juristisches Staatsexamen: 24. Januar 1969.
Ich bin deutscher Staatsangehöriger.